

Natur
und Tragweite der Mordmerkmale

von

OTTO ULLRICH

NATUR UND TRAGWEITE
DER
MORDMERKMALE

Inaugural - Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der
Ludwig - Maximilians - Universität
zu
München

vorgelegt von

Otto U l l r i c h

Rechtsreferendar
aus Abensberg



München

1959

5349/60

Referent: Professor Dr.jur. Dr.med.h.c. Karl Engisch

Korreferent: Professor Dr.Reinhart Maurach

Tag der mündlichen Prüfung: 30.Juli 1959

I

Inhaltsübersicht

	Seite
Literaturverzeichnis	IV
Abkürzungen	XIII
Erstes Kapitel	
Geschichtliches, Probleme, zu lösende Fälle	
I. Überblick über die rechtsgeschichtliche Entwicklung bis zum Reichsstrafgesetzbuch	1
II. § 211 a.F. und seine Probleme	5
III. § 211 n.F. - Die Hauptprobleme des Themas	7
Zweites Kapitel	
Natur der Merkmale des § 211 Abs.2	
I. Die Thesen Schröders	12
a) Vom Wesen des Strafzumessungsgrundes	16
b) Die Mordmerkmale als Strafzumessungsgründe	17
II. Unrechts- oder (und) Schuldmerkmale	
1. Das Wesen von Unrecht und Schuld	21
a) Unrecht und Schuld, objektiv-Äußerliches und subjektiv-Innerliches	22
b) Die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen	24
c) Unrecht und Schuld in der finalen Handlungslehre	28
d) Die hier zugrundeliegende Auffassung von Unrecht und Schuld	29
2. Die Mordmerkmale als Merkmale des Unrechts oder der Schuld	41
a) Die Motive ("aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen")	44
b) Die Absichtsmerkmale ("um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken")	46

II

c) Die Tatausführungsmerkmale	47
aa) heimtückisch	48
bb) grausam	49
cc) mit gemeingefährlichen Mitteln	49
III. Behandlung der allgemeinen Einwendungen gegen die Schuldnatur der Mordmerkmale	51

Drittes Kapitel

Die Tragweite der Mordmerkmale

I. Problematische Fälle, Stellungnahme von Rechtsprechung und Lehre zu den Problemen	
1. Zu lösende Fälle	54
2. Die Behandlung der Probleme in der Recht- sprechung	
a) Reichsgericht	56
b) OGH Br Z	57
c) BGH	59
3. Der heutige Stand der Meinungen in der Literatur	64
II. Täterpersönlichkeitswürdigung und besondere Verwerflichkeit von Tat und Täter	
1. Die Bedeutung der Gesamtpersönlichkeit des Täters für die Anwendbarkeit des § 211	
a) Die Tendenz der Neufassung des § 211 durch das Gesetz vom 4.9.1941	68
b) Die Lehre vom normativen Tätertyp	70
c) Die Lehre vom individuellen (krimi- nologischen) Tätertyp	71
d) Die Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Täters	73
2. Die Frage der besonderen Verwerflichkeit	
a) der Tat	74
b) des Täters (Charakter, Gesinnung, Tat- einstellung, Persönlichkeit, Bewußtsein, Affekt, Gefährlich- keit)	77
3. Die Lösung der Fälle	85

Viertes Kapitel

Teilnahme an Mord und Totschlag

I. Das systematische Verhältnis des § 211 zu § 212	89
---	----

III

1. Beziehungslose Selbständigkeit beider Tatbestände	90
2. Mord Grundtatbestand - Totschlag Privilegierung	92
3. Totschlag Grundtatbestand - Mord Qualifizierung	93
II. Die Anwendung des § 50 auf die Tatbeteiligten	
1. Das Verhältnis des § 50 Abs.1 zu Abs.2	95
2. Die Behandlung der Anstifter und Gehilfen	
a) bei Anwendung von § 50 Abs.1	97
b) bei Anwendung von § 50 Abs.2	100
c) nach abweichenden Auffassungen	102
3. Mittäterschaft	104
III. Die Tötungsdelikte im Lichte der Strafrechtsreform	106

Anhang:

Lebenslauf des Verfassers

Literaturverzeichnis

- B e l i n g , Ernst Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906
- B e r g e r , Ottomar Zur begrenzten Akzessorietät der Teilnahme, NJW 49, S.336 ff.
- B e r n e r , Albert Fr. Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 18.Aufl. Leipzig 1898
- B i n d e r , Hans Der juristische und der psychiatrische Maßstab bei der Beurteilung der Tötungsdelikte
SchwZSt Bd.67 (1952) S.307 ff.
- B i n d i n g , Karl Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 7.Aufl., Leipzig 1907

Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Bes.Teil, 2 Bände, 2.Aufl., Leipzig 1902-1904
- B o c k e l m a n n, Paul Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, Göttingen 1949

Wie würde sich ein konsequentes Täterstrafrecht auf ein neues Strafgesetzbuch auswirken?
MatStrRef.I, Gutachten der Strafrechtslehrer, Bonn 1954, S.29 ff.
- B ü r g e r - P r i n z, Motiv und Motivation, Hamburg 1950
- B u s c h , Richard Über die vorsätzliche Tötung, Rittler-Festschrift, Aalen 1957, S.287 ff.
- C l a s s , Wilhelm Zum Verhältnis des § 211 zu § 50 StGB NJW 49, S.83 ff.
- D a h m , Georg Der Tätertyp im Strafrecht. Leipz.rechtsw Studien, Heft 174 (1940)

Deutsches Recht, Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts, Stuttgart u.Köln 1951
- D a l c k e , A., Strafrecht und Strafverfahren, 36.Aufl. Berlin 1955, bearbeitet von Ernst Fuhrmann und Karl Schäfer

D o h n a, Alexander Graf zu

Kritische Bemerkungen zu Edmund Mezger,
Strafrecht. ZStW Bd.52 (1932) S.96 ff.;
aus dem Nachlaß: Ein unausrottbares
Mißverständnis, ZStW 66, S.505 ff.

D r e h e r, N.

Anmerkung zu BGH MDR 56/498 ff.

E n g i s c h, Karl

Untersuchungen über Vorsatz und Fahr-
lässigkeit im Strafrecht, Berlin 1930

Der finale Handlungsbegriff,
Kohlrausch-Festschrift aaO.S.141 ff.

Die neuere Rechtsprechung zur Tricho-
tomie der Straftaten.
SJZ 1948, Sp.660 ff.

Die normativen Tatbestandselemente
im Strafrecht.
Mezger-Festschrift, aaO., S.127 ff.

Zum Begriff des Mordes, GA 1955,
S.161 ff.

Bietet die Entwicklung der dogmati-
schen Strafrechtswissenschaft seit
1930 Veranlassung, in der Reform des
Allgemeinen Teils des Strafrechts
neue Wege zu gehen?
ZStW Bd.66, S.339 ff.

Einführung in das juristische Denken,
Stuttgart 1956

Sinn und Tragweite juristischer
Systematik, 1957, S.188 ff. in "Studium
Generale"

Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik
der Lehre von den subjektiven Tatbe-
stands- und Unrechtselementen,
Rittler-Festschrift, aaO, S.165 ff.

Festgabe für Reinhard von Frank

"Beiträge zur Strafrechtswissen-
schaft", 2 Bände, herausgegeben von
August Hegler, Tübingen 1930

Festschrift für Eduard Kohlrausch

"Probleme der Strafrechtserneuerung",
Berlin 1944

- Festschrift für Edmund Mezger, herausgegeben von Karl Engisch und Reinhart Maurach, München u. Berlin 1954
- Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin 1955, Berlin 1955
- Festschrift für Theodor Rittler
herausgegeben von Siegfried Hohenleitner,
Ludwig Lindner, Friedrich Nowakowski,
Aalen 1957
- F e u e r b a c h , Anselm
Lehrbuch des Peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847
(herausgegeben von Mittermaier)
- F r a n k , Reinhard von
Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich,
18. Aufl., Tübingen 1931
- Gallas, Wilhelm Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im
Kriegsstrafrecht, ZStW Bd. 60, S. 374 ff.

Täterschaft und Teilnahme
MatStRef I, Bonn-1954, S. 121 ff.

Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom
Verbrechen. ZStW Bd. 67, S. 29 ff.
- G l e i s p a c h , W. Graf von
"Tötung" in: Das kommende Deutsche Strafrecht,
Besonderer Teil, herausgeg. v. Franz Gärtner,
Berlin 1936, S. 371 ff.
- G o l d s c h m i d t , James
Der Notstand, ein Schuldproblem, 1913

Normativer Schuldbegriff
Frank-Festgabe, aaO., S. 428 ff.
- G r ü n h u t , Max
Gefährlichkeit als Schuldmoment
Festschrift für Aschaffenburg, Jena 1926,
S. 87 ff.

Kritische Bemerkungen zu Edmund Mezger,
Strafrecht. ZStW Bd. 52, S. 117 ff.
- G u m m e r s b a c h , H.
Untersuchungen über die Milderungsgründe für
die Kindebstötung.
GS Bd. 107 (1936), S. 179 ff.

H a d a m i k , W. Über die Bewußtseinsstörung bei Affektverbrechern, MonKrim. 1953, S.11 ff.

Leidenschaft und Schuld
GA 1957, S.101 ff.

H a r d w i g , Werner
§ 50 StGB und die Bereinigung des Strafgesetzbuches. GA 1954, S.65 ff.

Zur Systematik der Tötungsdelikte.
GA 1954, S.257 ff.

Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts, Hamburg 1957

Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht
ZStW Bd.68, S.14 ff.

H a r t u n g , Fritz
Anmerkung zu OGH SJZ 49/60 ff.; 64 ff.

H e g l e r , August
Die Merkmale des Verbrechens
ZStW Bd.36 (1915), S.19 ff.

Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs.
Frank-Festgabe, aaO., S.251 ff.

H e i n i t z , Ernst
Strafzumessung und Persönlichkeit
ZStW Bd.63 (1951), S.57 ff.

Gedanken über Täter- und Teilnehmerschuld im Deutschen und Italienischen Strafrecht.
Festschrift zum 41.Dt.Juristentag, aaO., S.93 ff.

Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom kriminalpolitischen Standpunkt aus.
ZStW Bd.70 (1958), S.1 ff.

v. H i p p e l , Robert
Deutsches Strafrecht
1.Bd.: Allgemeine Grundlagen, Berlin 1925
2.Bd.: Das Verbrechen
Allgemeine Lehren, Berlin 1930

H i s , Rudolf
Geschichte des Deutschen Strafrechts bis zur Carolina
München und Berlin 1928

J a g u s c h , Heinrich

Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone zur vorsätzlichen Tötung. SJZ 1949, Sp. 325 ff.

siehe auch bei "Leipziger Kommentar"

J e s c h e c k , Hans-Heinrich

Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, Tübingen 1957

K e r n , Eduard

Grade der Rechtswidrigkeit
ZStW Bd.64 (1952) S.255 ff.

K o h l r a u s c h - L a n g e

Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen
41.Aufl., Berlin 1956

K r e t s c h m e r , Ernst

Medizinische Psychologie
9.Aufl. Stuttgart 1947

L a n g e , Richard vgl. Kohlrausch-Lange

Literaturbericht (Dahm, Der Tätertyp im Strafrecht) ZStW Bd.61 (1942), S.197 ff.

Probleme des § 1 StGB, MDR 48, S.310 ff.

Die Schuld des Teilnehmers, insbesondere bei Tötungs- und Wirtschaftsverbrechen
JR 49, S.165 ff.

Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung, JZ 53, S.9 ff.

L e f f e n z , Heinz

Der Entwurf eines Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs in kriminologischer Sicht.
ZStW Bd.70 (1958) S.25 ff.

L e i p z i g e r

Kommentar zum Strafgesetzbuch, begründet von Ludwig Ebermayer, Adolf Lobe und Werner Rosenberg, fortgeführt von Johannes Nagler,
8.Aufl. herausgegeben von Heinrich Jagusch u. Edmund Mezger gemeinschaftlich mit August Schaefer und Wolfhart Werner.
1.Band Berlin 1957
2.Band Berlin 1958

L i s z t , Franz von

Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,
25.Aufl. besorgt von Eberhard Schmidt.
Berlin u. Leipzig 1927

M a i h o f e r , Werner

Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer
personalen Unrechtslehre
Rittler-Festschrift, aaO., S.141 ff.

M a u r a c h , Reinhart

Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil
2.Aufl., Karlsruhe 1958

Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil
2.Aufl., Karlsruhe 1956

Die Systematik des Besonderen Teils eines
neuen Strafgesetzbuchs
MatStRef I, S.231 ff.

Die Behandlung der selbständigen tatbestand-
lichen Abweichungen und der eigenständigen
Verbrechen de lege ferenda
MatStRef I, S.249 ff.

M a y e r , Hellmuth

Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,
Stuttgart und Köln 1953

M a y e r , Max Ernst

Der allgemeine Teil des deutschen Straf-
rechts, Heidelberg 1915

M e z g e r , Edmund

Strafrecht. Ein Lehrbuch, 2.Aufl.
München und Leipzig 1933

Strafrecht

I. Allgemeiner Teil

Ein Studienbuch. 7.Aufl. München und
Berlin 1957

Strafrecht

II. Besonderer Teil

Ein Studienbuch, 6.Aufl. München
und Berlin 1958

Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik
Berlin-München 1950 (Nachtrag zur 3.Aufl.
(1949) des Lehrbuchs)

Die subjektiven Unrechtselemente
GS Bd.89, S.207 ff.

Die Handlung im Strafrecht
Rittler-Festschrift, aaO., S.119 ff.

siehe auch "Leipziger Kommentar"

- M o m m s e n , Theodor
Römisches Strafrecht, Leipzig 1899
- N a g l e r , Johannes
siehe "Leipziger Kommentar"
- N i e s e , Werner Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit
Tübingen 1951
- O l s h a u s e n , Justus von
Kommentar zum Strafgesetzbuch (2 Bände)
11.Aufl., Berlin 1927
- P i o t e t , Paul Systematik der Verbrechenselemente und
Teilnahmelehre
ZStW Bd.69, S.14 ff.
- R a d b r u c h , Gustav
Zur Systematik der Verbrechenslehre
Frank-Festgabe I, aaO., S.158 ff.
- R o e d e r , Helmut
Die Tatbestandsmerkmale des § 211.
Diss.München 1954 (ungedruckt)
- S a u e r , Wilhelm
Allgemeine Strafrechtslehre, Berlin 1955
System des Strafrechts, Besonderer Teil
Köln-Berlin 1954
- S a x , Walter
Der Grundtatbestand bei den Tötungsdelikten
und beim Delikt der Abtreibung
ZStW Bd.64, S.393 ff.
- S c h a e f e r , August
siehe "Leipziger Kommentar"
- S c h a f f s t e i n , Friedrich
Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau
des neuen Strafrechtssystems
ZStW Bd.57, S.295 ff.
- S c h l o s k y , N.,
Vom Mörder und Totschläger
DStR 1943, S.142 ff.
- S c h m i d h ä u s e r , Eberhard
Gesinnungsmerkmale im Strafrecht
Tübingen 1958

S c h m i d t , Eberhard

siehe "Liszt-Schmidt"

Die mittelbare Täterschaft
Frank-Festgabe II, aaO., S.106 ff.

Zur Lehre von den Tötungsdelikten

1. Der Bestand des geltenden Rechts
DRZ 49/198 ff.
2. Aufbau und Auslegung der Tötungsdelikte
DRZ 49/241 ff.
3. Zum Verhältnis der §§ 211 ff. zu § 50
DRZ 49/272 ff.

S c h ö n k e , Adolf

Anmerkung zu KG, Berlin, Urt.v.3.8.1949,
NJW 50/S.237 ff.

S c h ö n k e - S c h r ö d e r

Strafgesetzbuch. Kommentar
8-Aufl., München u. Berlin 1957

S c h r ö d e r , Horst

Der Aufbau der Tötungsdelikte
SJZ 50/560 ff.

Zur Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag
JZ 52/526 ff.

Zur Teilnahme an Tötungsdelikten
NJW 52, S.649 ff.

Gesetzliche und richterliche Strafzumessung
Mezger-Festschrift, aaO., S.415 ff.

Die künftige Gestaltung der Tötungsdelikte
MatStRef I, S.283 ff.

S c h w a l m , N. Zur Kasuistik der Mordmerkmale

MDR 58, S.496 ff.

S c h w a r z , Otto und Günther

Strafgesetzbuch, 21.Aufl.
München und Berlin 1958

S e e l i g , Ernst Kriminologie (Berichterstattung)

ZStW Bd.66, S.271 ff.

S i e v e r t s , Rudolf

Beiträge zur Lehre von den subjektiven
Unrechtselementen
Hamburger Rechtsstudien, Heft 19,
Hamburg 1934

S t o c k , Ulrich

Zur Abgrenzung von Mord und Totschlag
SJZ 47 Sp.529 ff.

T h i e r f e l d e r , Rudolf

Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, 1932
(Strafrechtl.Abhandl. Heft 308)

v. W e b e r , Hellmuth

Teilnahme an Mord und Totschlag
MDR 52, S.265 ff.

W e g n e r , Arthur

Strafrecht, Allgemeiner Teil, Göttingen 1951

W e l z e l , Hans

Das deutsche Strafrecht, 6.Aufl.,Berlin 1958

Das neue Bild des Strafrechtssystems
3.Aufl., Göttingen 1957

Zur Systematik der Tötungsdelikte
JZ 52, S.72 ff.

W ü r t e n b e r g e r , Thomas

Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, Karlsruhe 1957

Z i m m e r l , Leopold

Aufbau des Strafrechtssystems
Tübingen 1930

Soweit Literatur verwendet wurde, die für die vorliegende Arbeit weniger von Bedeutung war, ist sie in das Verzeichnis nicht aufgenommen worden. Diese Literaturstellen sind lediglich in den Anmerkungen zitiert.

A b k ü r z u n g e n

a.A.		anderer Ansicht
a.a.O.		am angegebenen Ort
a.F.		alte Fassung
a.M.		anderer Meinung
Anm.		Anmerkung
BGHSt		Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
DJ		Deutsche Justiz
DR		Deutsches Recht
DRZ		Deutsche Rechtszeitschrift
GA		Goldtamers Archiv für Strafrecht
GS		Der Gerichtssaal
Gutachten		Materialien zur Strafrechts- reform, 1.Band: Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954
h.M.		herrschende Meinung
HRR		Höchststrichterliche Recht- sprechung
JR		Juristische Rundschau
JW		Juristische Wochenschrift
JZ		Juristenzeitung (seit 1951)
KG		Kammergericht Berlin
LM		Lindenmaier-Möhring, Nach- schlagewerk des Bundesge- richtshofs
MatStRef		s.Gutachten
MDR		Monatsschrift für deutsches Recht
MonKrim		Monatsschrift für Kriminolo- gie und Strafrechtsreform
n.F.		neue Fassung
NJW		Neue Juristische Wochen- schrift
ns.		nationalsozialistisch
OGHSt		Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Briti- sche Zone in Strafsachen (3 Bände)

Rspr.		Rechtsprechung
RGSt		Entscheidungen des Reichs- gerichts in Strafsachen
SchwZSt		Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
SJZ		Süddeutsche Juristenzeitung
StRÄGes.		Strafrechtsänderungsgesetz
ZAkdR		Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
ZStW		Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Die Bedeutung weiterer Abkürzungen ergibt sich aus dem Literaturverzeichnis.

Paragraphen des Strafgesetzbuchs sind ohne Nennung des Gesetzes angeführt.

Verweisungen auf Anmerkungen ohne Angabe der Seitenzahl beziehen sich auf Anmerkungen innerhalb desselben Kapitels der Arbeit.

Erstes Kapitel

Geschichtliches, Probleme, zu lösende Fälle

Um den Leser an die in der vorliegenden Arbeit zu behandelnde Problematik heranzuführen, soll zunächst versucht werden, anhand eines summarischen geschichtlichen Überblicks die Entwicklung der jetzt geltenden Tötungstatbestände, der §§ 211 ff. StGB, aufzuzeigen.

Die Probleme unseres Themas sind alt. Die vorsätzliche Tötung begleitet das Menschengeschlecht seit seinen Anfängen. Ihre Bedeutung hat im Laufe der Geschichte geschwankt, wie der Gehalt der Zeiten an Recht und Unrecht, Ordnung und Anarchie, ehrlichem Bemühen und Gewalttätigkeit. Aber stets wurden Menschen von Menschen getötet. Unsere jüngste Vergangenheit hat eine schreckliche Dokumentation dieses Satzes gebracht, und auch heute können die Zeichen der Zeit nicht dahin verstanden werden, daß der Mensch in der Zukunft mehr Gott und dem Recht leben werde.

So betrachtet ist unser Thema von dauernder Aktualität und der an dem heutigen Stand der Meinungen geschulte Leser wird erkennen, daß auch die Probleme dieses Themas in der Geschichte schon durchdacht und zu lösen versucht worden sind, wenn auch nicht in unserer heutigen Systematik und Terminologie.

I. Überblick über die rechtsgeschichtliche Entwicklung bis zum Reichsstrafgesetzbuch

Von jeher bestehen zwei Möglichkeiten, den Mordbegriff zu bestimmen und gesetzlich zu umschreiben: eine psychologische und eine intellektuelle. In welcher Weise diese beiden Möglichkeiten der Mordbestimmung in der Geschichte auch immer in Erscheinung getreten sein mögen, es war stets noch ein eigener Tatbestand für den Totschlag

vorhanden, mag die Bezeichnung auch anders gelautet haben und mit dem Begriff des Totschlags einseitig die Vorstellung von der Tötung im Affekt verbunden gewesen sein.

Der sog. intellektuelle Mordbegriff stellt auf das Merkmal der Überlegung ab, also darauf, ob der Täter bei der Tat die zu ihr hindrängenden und die von ihr abhaltenden Momente gegeneinander abgewogen hat¹⁾. Die sog. psychologische Mordbegriffsbestimmung will im Mord die hervorragend schlechte, die sittlich besonders verwerfliche Tat kennzeichnen, indem sie es auf die Motive des Täters, auf die besonders verwerflichen Ausführungsarten und auf die mit der Tat verfolgten Zwecke abstellt.

Der intellektuelle Mordbegriff wurde im römischen und im italienischen Recht des Mittelalters entwickelt. Im römischen Recht war die Begriffsbildung noch nicht recht klar. Neben einer Vielzahl von erlaubten Tötungen stand die absichtliche Tötung eines Menschen, die kriminell strafbar war²⁾. "Das Motiv macht für den Deliktsbegriff weiter keinen Unterschied; auch die Tötung aus Mitleid, z.B. wenn der Arzt dem Leiden des Patienten damit ein Ende macht, fällt unter den Tatbestand. Die sittliche Differenzierung der Tat je nach ihrem Beweggrund wird natürlich sowohl die richterlichen Magistrate wie die Volks- und Geschworenengerichte vielfach bestimmt haben, sowohl in der Schuldigfindung selbst, sowie, soweit die Rechtsordnung eine solche zuläßt, in der Strafbemessung"³⁾, aber ein rechtlicher Unterschied bestand nicht. Maßgeblich war die Absicht (Überlegung) für die rechtliche Qualifikation der Tat. Strafschärfend wurde hauptsächlich die Infamie, strafmildernd der Affekt berücksichtigt.

Das italienische Recht des Mittelalters, das uns in den Statuten überliefert ist, ist noch bis auf wenige An-

1) RGSt 42/262; Olshausen, 10. Aufl., 1916, § 211 Anm. 6

2) Mommsen, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 612 ff.

3) Mommsen, a.a.O., S. 626

sätze systemlos. Die Statuten selbst sind meist wahllose Zusammenstellungen von Einzel- und Gelegenheitsgesetzen, die ursprünglich in ihrer Abstellung auf die Volksmeinung einen Gegensatz zur scholastischen Abstraktion darstellten. Man findet in ihnen zum ersten Mal über die Berücksichtigung bei der Strafzumessung hinaus eindeutig und klar zwischen Überlegung (propositum) und Affekt (impetus) unterschieden⁴⁾. Diese beiden Begriffe bildeten den Angelpunkt der Unterscheidung von Mord und Totschlag. Die Auffassung, daß bei Vorliegen eines Affekts immer Totschlag gegeben sei, wirkt noch heute bei der Auslegung der §§ 211, 212 bei verschiedenen Schriftstellern nach.

Dagegen baut das deutsche Recht seine Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag nicht auf dem Begriff der Überlegung auf, sondern in "psychologischer" Weise auf der Art der Tatbegehung, den Motiven und den Absichten. Schon ältere germanische Quellen unterscheiden zwischen Mord und Totschlag, wenn auch das Wort Mord ursprünglich nichts anderes bedeutet als Tot-, Tötung⁵⁾.

Mord ist nach altgermanischer Auffassung die verheimlichte Tötung oder die heimliche Ausführung der Tat⁶⁾. Einen Mord begeht, wer den Leichnam des Erschlagenen verbirgt, etwa mit Zweigen bedeckt oder ins Wasser wirft. Der Grund für die Auszeichnung des Mordes mag ursprünglich darin gelegen haben, daß der Mörder die Bestattung des Toten verhindert hat⁷⁾. Die Strafe für den Mörder war in der Regel Hinrichtung durch das Rad, vielfach verschärft durch Zangenreißen.

In spätgermanischer Zeit wurde der Begriff des Mordes

4) Diese Unterscheidung läßt sich bis auf Kaiser Hadrian zurückverfolgen (vgl. v. Liszt, Lb., 22. Aufl., S. 289)

5) H i s , Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Carolina, München und Berlin 1928, S. 121

6) In einem Reichslandfrieden von 1224 heißt es: qui alium clam occiderit, quod mord dicitur, ..., zit. bei His, a. a. O. S. 124

7) His, a. a. O., S. 123

auch auf andere Fälle der Tötung ausgedehnt, insbesondere, wenn die Tötung eine gemeine und verwerfliche Gesinnung des Täters erkennen ließ (Gewinnsucht, Tötung eines Wehrlosen, Tötung unter Bruch eines Treueverhältnisses usw.). Endlich wurde seit etwa Mitte des 14. Jahrhunderts auch der Vorbedacht als Ausdruck einer besonders gemeinen Gesinnung aufgefaßt, so daß beide Unterscheidungsgruppen zu dieser Zeit im mittelalterlichen deutschen Recht ineinander übergehen. Die Überlegung wird als besonders verwerfliches Merkmal des Mordes betrachtet.

Klare Stellung bezog erst wieder die Constitutio Criminalis Carolina (CCC) von 1532 (das Strafgesetzbuch Kaiser Karls V.). Zum Zwecke unterschiedlicher Bestrafung unterscheidet sie in ihrem Artikel 137 den "fürsetzlichen mutwilligen Mörder" von dem Täter, der "eyn todtschlag aus Jähheit und Zorn gethan". Der Mord wird noch weiter qualifiziert, wenn er zwischen nahen Verwandten geschieht oder an "hohen trefflichen Personen" begangen wird. Während man den Totschläger enthauptet, wird der Mörder gerädert, u.U. verstärkt durch Schleifen und Zangenreißen.

Die intellektuelle Mordfassung ist etwas aufgelockert verankert im Code pénal von 1791/1810, wo der Mord, assassinat, gekennzeichnet ist durch die préméditation (Vorbedacht, Überlegung) oder durch den guet-apens, den hinterlistigen Überfall, eine Qualifikation, die aus dem germanischen Recht übernommen worden ist. Abgestellt auf das Unterscheidungsmerkmal der Überlegung ist das Bayerische Strafgesetzbuch von 1813 (Anselm von Feuerbach) in seinem Art. 146⁸⁾, ebenso das Strafgesetzbuch für Preußen aus dem Jahre 1851.

Daran anlehnend hat auch das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 seinen § 211 nach dem Merkmal der Überlegung bestimmt.

8) "Das Verbrechen, der vorsätzlichen Tötung theilt sich in den Totschlag, die in dem Affect des Zorns unüberlegt begangene Tötung, und in den Mord, die Tötung

II. § 211 a.F. und seine Probleme

§ 211 StGB a.F. lautet:

Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird,
wenn er die Tötung mit Überlegung ausgeführt
hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.

Der Wortlaut des damaligen Totschlagsparagrafen (212):

Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird,
wenn er die Tötung nicht mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Totschlags mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.

Das Unterscheidungsmerkmal der Überlegung hat eine Vielzahl von Problemen aufgeworfen, die nie zufriedenstellend gelöst werden konnten. Was ist Überlegung? Wann muß der Täter mit Überlegung gehandelt haben, um Mörder zu sein? Worauf muß sich die Überlegung beziehen?⁹⁾ Das

aus Überlegung und Willkür. Der Mord ist qualificirt, wenn der Mörder mit dem Ermordeten durch besondere Pflichten der Liebe oder der Hochachtung verbunden, einfach, wenn eine andere Person Gegenstand des Verbrechens war", führt Feuerbach in seinem Lehrbuch des Peinlichen Rechts, 14. Aufl., 1847, herausgegeben von Mittemaier, S. 369/70, aus. Feuerbach hat also den Mord noch weiter qualifiziert. Er fährt auf S. 374, aaO., fort: "Der Endzweck und die Triebfedern zu dem Entschlusse (sc. des Mordes) haben auf die rechtliche Beurtheilung des Verbrechens keinen Einfluß". Damit ist die vom germanischen Recht herkommende Auffassung abgelehnt: Motive und Absichten spielen für die rechtliche Beurteilung keine Rolle.

- 9) Die Überlegung kann sich entweder auf das Ob der Tat beziehen, besteht also in einem Besinnen auf die sich widerstreitenden Motive, oder sie bezieht sich auf das Wie der Tat, besteht also in einer Reflexion auf die Art und Weise der Ausführung. Die erste Art der Überlegung wurde als voluntaristische, die zweite als praktisch-intellektuelle bezeichnet (vgl. Reinach in Ztschr. f. Philosophie 148/181 ff., 149/30 ff.). Die erste Meinung verdient den Vorzug und wurde auch überwiegend vertreten (so von Wachenfeld, Binding, Allfeld, Finger, Frank und Nagler), denn auch der Totschläger erwägt die Mittel, das Wie, der Tötung. Ohne diese Erwägung ist eine vorsätzliche Tötung überhaupt nicht denkbar (so Binding, Lb. 1/27).

Die Überlegung bezieht sich somit auf das Ob der Tat, das Wie braucht lediglich vom Vorsatz umfaßt zu sein. Das Reichsgericht meint allerdings, daß die mit Überlegung geplante, aber ohne Überlegung ausgeführte Tat kein Mord sei (RG 32/253; 42/260).

sind nur einige der Fragen, die sehr umstritten waren und keine einheitliche Lösung fanden. Zudem führte die Unterscheidung von Mord und Totschlag nach dem Merkmal der Überlegung zu ungerechten Ergebnissen, da es recht zweifelhaft ist, ob der verschiedene Unrechts- bzw. Schuldgehalt von Mord und Totschlag durch die Überlegung richtig abgegrenzt wird. Dies führte dazu, daß die Geschworenen das Vorhandensein der Überlegung vielfach danach beurteilten, ob ihnen die Tat im ganzen als Mord, und damit mit dem Tode zu sühnen, oder als ein leichter Fall vorsätzlicher Tötung erschien. Die Folge davon war, daß die Rechtsprechung der Schwurgerichte keine einheitliche Linie zeigte. Diesen Gerichten kann daraus kein Vorwurf gemacht werden, denn soll etwa der Mörder, der eine Frau in plötzlicher Aufwallung des Geschlechtstriebes sadistisch tötet, ohne dabei viel nachzudenken oder Hemmungen zu spüren, milder bestraft werden als der Arzt, der nach langem Zögern die Qualen seines Patienten nicht mehr länger mit ansehen zu können glaubt und ihm eine Injektion gibt? Nach dem Wortlaut des Gesetzes war der erste Fall als Totschlag, der zweite als Mord zu bewerten. Diesen Mangel hat alsbald auch der Gesetzgeber erkannt. Doch wurde die Mordbestimmung 70 Jahre lang nicht geändert, man schob grundlegendere Änderungen des Strafgesetzbuches immer wieder hinaus in der Hoffnung, daß die Strafrechtsreform zum Erfolg führen und dann ohnehin ein völlig neues Gesetz bringen würde. Erst durch das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches vom 4. September 1943 wurde der Mordparagraph neu gefaßt. Da mit dem Merkmal der Überlegung keine guten Erfahrungen gemacht worden waren, wendete man nun das krasse Gegenteil an und bestimmte den Mord psychologisch-kasuistisch, anstatt dem schweizer Vorbild zu folgen und beide Arten sinnvoll zu kombinieren¹⁰⁾. Dieses Gesetz erlaubt es, den

10) Art. 112 SchStGB v. 1.1.42: "Hat der Täter unter Umständen oder mit einer Überlegung getötet, die seine besonders verwerfliche Gesinnung oder seine Gefährlichkeit offenbaren, so wird er mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft".

kaltblütigen Mörder ebenso zu bestrafen wie den besonders gemeinen oder gefährlichen.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich bisher immer nur für die eine oder die andere Alternative entschieden, was freilich die Rechtsprechung niemals daran gehindert hat, die gerechteste Lösung unter Hintanstellung dogmatischer und systematischer Fragen zu suchen. Der Bundesgerichtshof ist in dieser Beziehung dem Reichsgericht nicht gefolgt. Er ist in seiner Rechtsprechung zu den §§ 211 ff. dogmatisch sehr starr mit der Folge, daß seine Entscheidungen zuweilen nicht die gerechteste Lösung der praktischen Fälle darstellen¹¹⁾. Wie solche Ergebnisse zu vermeiden wären, dies aufzuzeigen soll eine der Aufgaben der vorliegenden Arbeit sein.

III. § 211 n.F. - Die Hauptprobleme des Themas

§ 211 StGB i.d.Fassung d.Ges.zur Änderung des StGB vom 4.9.1941 lautet:

Der Mörder wird mit dem Tode bestraft¹²⁾

Mörder ist, wer
aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechts-
triebs, aus Habgier oder sonst aus niedrigen
Beweggründen,

heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefähr-
lichen Mitteln oder

um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu
verdecken,

einen Menschen tötet.

Mit dieser Fassung des Gesetzes sind die Probleme der früheren Fassung nur zum Teil beseitigt, dafür eine Vielzahl neuer Fragen aufgeworfen worden. Es ist beklagenswert, daß gerade die Vorschrift mit der schärfsten Straf-

11) Vgl.z.B. BGHSt 3/183 ff., weitere Beispiele unten.

12) Art.102 GG hat die Todesstrafe abgeschafft. Durch das 3.Strafrechtsänderungsgesetz v.4.8.1953 (BGBl I 735) wurden die Worte "mit dem Tode" durch die Worte "mit lebenslangem Zuchthaus" ersetzt.

drohung, die Vorschrift, die das höchste Gut des Menschen, das Leben, schützen soll, in einen Wust von dogmatischen und systematischen Streitereien verstrickt ist, was die praktische Handhabung der Tötungstatbestände erschwert und der Rechtssicherheit nicht förderlich ist. Der Tadel, den C l a ß ¹³⁾ dem Gesetz ausspricht, ist berechtigt. Was ist der eigentliche Anlaß für diesen Tadel? Vor welche Probleme stellen uns die Tötungstatbestände?

Schon auf den ersten Blick erkennt auch der unbefangene Leser, daß Abs.2 des § 211 mit seiner eingehenden und doch nicht erschöpfenden Kasuistik eine Fülle von unbestimmten und ausfüllungsbedürftigen Wertbegriffen enthält. Von der inhaltlichen Bestimmung der einzelnen Merkmale abgesehen, ist nicht geklärt, welcher Natur diese Merkmale eigentlich sind. Die einen sehen sie als bloße Strafzumessungsregeln und beispielhafte Aufzählung besonders verwerflicher Tötungsarten an, die beliebig vermehrt werden könnten und alle an dem im Gesetz nicht gebrauchten Begriff der besonderen Verwerflichkeit gemessen werden müßten. Mord soll nur dann vorliegen, wenn die Tat im ganzen besonders verwerflich ist, oder wenn der Täter einem bestimmten Tätertyp des Mörders entspricht, meinen andere. Sie verlangen eine Täterpersönlichkeitswürdigung. Ein Teil der Autoren betrachtet die Mordmerkmale als solche der Schuld, ein anderer sieht in ihnen Merkmale des Unrechts. Die Frage nach der Natur der Mordmerkmale ist von Bedeutung für die Lösung des Problems des Verhältnisses der Tötungsdelikte untereinander, für die Frage der Behandlung der Teilnehmer, für die sachliche Auslegung der einzelnen Merkmale und nicht zuletzt für die Klärung des Problems, inwieweit die einzelnen Merkmale vom Vorsatz des Täters umfaßt sein müssen.

Bevor der Mordtatbestand als ganzer und dann die Mordmerkmale daraufhin untersucht werden, ob sie allein den

13) Claß, NJW 49/84 oben.

Mörder ausmachen, muß also geklärt werden, womit wir es überhaupt zu tun haben, d.h. welche Stellung diese Merkmale innerhalb des Verbrechenssystems des Strafrechts einnehmen. Diese Frage wird uns im 2.Kapitel der Arbeit beschäftigen. Es wird sich dabei zeigen, daß die Überlegungen uns sehr weit in den Allgemeinen Teil des Strafrechts führen werden und daß nicht jeder Gedanke breit dargelegt und erschöpfend behandelt werden kann, wie es der interessante Gegenstand vielleicht verdienen würde. Beispielsweise ist es aber unmöglich, im Rahmen einer Arbeit wie der vorliegenden eine eingehend begründete und sich mit allen Einwendungen erschöpfend auseinandersetzen- de Darlegung etwa zum Wesen von Unrecht und Schuld zu bringen. Das würde den Rahmen der vorliegenden Spezialuntersuchung zu Problemen des Mordes bei weitem sprengen. Doch lassen sich solche allgemeinen Fragen bei der gegebenen Thematik nicht vermeiden. Es soll versucht werden, diese Fragen nur im Rahmen des konkreten Themas zu behandeln, damit Weitschweifigkeit möglichst vermieden werden kann.

Die Problematik des § 211 Abs.2 dahingehend, ob außer der konkreten Erfüllung eines der Merkmale dieses Tatbestandes auch noch die Tat im ganzen besonders verwerflich sein, die "besondere Verwerflichkeit ... als ungeschriebenes Merkmal kontrollierend hinter den Strafschärfungsgründen"¹⁴⁾ stehen muß, soll an einem Beispiel aus der Literatur aufgezeigt werden: Nach dem Wortlaut des § 211 Abs.2 ist Tell Mörder, weil er aus dem Hinterhalt (heimtückisch) auf einen Haufen Bewaffneter geschossen hat. Sollten nach unserer Rechtsordnung, die doch immerhin auch das Prinzip der Gerechtigkeit für sich in Anspruch nimmt, Tell und der Meuchelmörder Parricida gleich zu behandeln sein? Oder ist da noch irgendwo ein Korrektiv vorhanden, das solche Ergebnisse vermeiden hilft? Wenn ein solches vorhanden sein sollte, dann ergibt es sich jedenfalls nicht unmittelbar aus dem Gesetz. Ein brauchbares Korrektiv für derartige, nach dem Gesetzeswortlaut nur unbefriedigend zu lösende Fälle, zu suchen, soll eines der Anliegen der vorliegenden Arbeit sein.

14) Schaefer, Leipz.Komm.(8.Aufl.), Anm.A I c zu § 211

Zur weiteren Veranschaulichung diene folgender Fall:¹⁵⁾

A., ein 39jähriger Vollziehungsbeamter im Dienste der Gemeindeverwaltung, macht nach einem bis dahin makellosen Leben in der Verbitterung darüber, daß man ihm eine monatliche Zulage von DM 75,-- herabgesetzt hatte, den Versuch, diese Minderung durch falsche Gebührenberechnung auszugleichen, weil er glaubte, einen Rechtsanspruch darauf zu haben. Die Stadtverwaltung entdeckte dies und untersagte es ihm, seine Dienstgeschäfte fortzuführen. Hierdurch geriet A., der an krankhafter Überempfindlichkeit leidet, in tiefe Verzweiflung. Zunächst versuchte er, sich selbst zu töten, indem er 20 Morphiumentabletten einnahm und sich über den geöffneten Gashahn beugte. Von der Selbsttötung durch Einatmen von Gas mußte er Abstand nehmen, da seine 11jährige Tochter hinzukam. Die Tabletten hatten keine tödliche Wirkung, weil er erbrechen mußte. Der Genuß des Morphiums steigerte seinen Zustand unbeherrschter Verzweiflung. So faßte er in schlafloser Nacht erneut den Entschluß, aus dem Leben zu scheiden und hierbei Ehefrau und Tochter, die er sehr liebte, mit in den Tod zu nehmen. Er glaubte, daß seine Familie die Entehrung, die infolge seiner Verfehlungen drohte, nicht würde ertragen können, und wollte sie vor einer ungesicherten Zukunft bewahren. Im Zustande erheblich verminderter Zurechnungsfähigkeit öffnete er sämtliche Gashähne. Das ausströmende Gas führte seine völlige Unzurechnungsfähigkeit herbei. Als seine Tochter erwachte, den Gasgeruch spürte und sich deshalb an ihn wandte, erwürgte er sie. Auch seine Ehefrau versuchte er, als sie erwachte, zu erwürgen. Das gelang ihm jedoch wegen deren Gegenwehr nicht. Daraufhin floh er zur Polizei.

Die Frage lautet: Ist A. Mörder, weil er an Tochter und Ehefrau durch Öffnen der Gashähne in heimtückischer Weise (unter Ausnützung ihrer Arg- und Wehrlosigkeit) einen Tötungsversuch unternommen hat, oder ist er deswegen nur aus § 212 zu verurteilen, weil seine Tat zwar nicht entschuldbar, immerhin aber menschlich verständlich, jedenfalls nicht besonders verwerflich ist?¹⁶⁾ Die Entschei-

15) Dieser Fall war Gegenstand einer Entscheidung des Gr.Sen.für Strafsachen des Bundesgerichtshofs vom 22.9.1956 (BGHSt 9/385 ff.), besprochen von Busch, Rittler-Festschrift (1957), S.287 ff. und LM § 211, Anm. zu Nr.38. Ersterer Besprechung ist teilweise obige Sachdarstellung entnommen. Die Entscheidung wird im 3.Kapitel eingehend zu erörtert sein.

16) Fragen des Versuchs können in unserem Zusammenhang dahingestellt bleiben.

dung des Falles zeigt deutlich, wie schwierig es ist, mit der Kasuistik des § 211 Abs.2 zu arbeiten.

Die Behandlung der Teilnehmer an Mord und Totschlag, die im 4. Kapitel dargestellt werden soll, bietet keine erheblichen Schwierigkeiten. Nachdem die grundsätzliche Frage nach dem Wesen der Mordmerkmale entschieden und das Verhältnis des Totschlags zum Mord geklärt sein wird, beschränkt sich das Problem auf Fragen des § 50. Als Grundfall für Teilnahme an Mord und Totschlag diene folgender Sachverhalt: A stiftet den B aus niedrigen Beweggründen an, den C zu töten. B tötet den C grausam. A hat dies weder gewußt noch gewollt. Frage: Hat sich A der Anstiftung zum Totschlag oder zum Mord schuldig gemacht? Durch Variation dieses Falles lassen sich sämtliche denkbaren Teilnehmehandlungen und -formen darstellen und mit der Lösung des obigen Falles ebenfalls einer Entscheidung zuführen.

Schließlich wird noch ein Blick auf die Mittäterschaft zu werfen sein: A und B töten gemeinsam den C. A handelt aus Habgier, wovon B nichts weiß. Für letzteren trifft keines der Merkmale des § 211 Abs.2 zu. Sind A und B Mittäter? Diese Frage sollte nicht streitig sein. Der Bundesgerichtshof kommt zu einem eigenartigen Ergebnis: Er muß die Möglichkeit einer Mittäterschaft verneinen, da er die §§ 211, 212 als "zwei selbständige Tatbestände mit verschiedenem Unrechtsgehalt" ansieht, die miteinander dogmatisch nichts gemein haben¹⁷⁾. Kann Mittäterschaft irgend näher liegen, als dann, wenn mehrere Täter in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken einen Menschen töten? Zur klaren Lösung dieser Frage wird die Klärung des Problems der Natur der Mordmerkmale beitragen.

17) Vgl. erstmals Urt.d.2.Sen.v.9.11.1951, BGHSt 1/370.

Zweites Kapitel

Natur der Merkmale des § 211 Abs.2

Die Klärung der Natur dieser Merkmale wird nicht nur Aufschluß geben über die strafrechtstechnische Funktion des Mord- und des Totschlagsparagrafen hinsichtlich des Verhältnisses der Tatbestände zueinander und hinsichtlich der Lösung von Teilnahmefragen, sondern sie wird uns auch in der Auslegung dieser Merkmale weiterbringen. Der sinnvolle systematische Einbau der Mordmerkmale in unser Strafrechtssystem wird zur Bestimmung ihres Inhalts beitragen, da eine solche Einordnung eine rechtliche Qualifikation impliziert. ¹⁾

I. Die Thesen S c h r ö d e r s

"Die verschiedenen Fälle vorsätzlicher Tötung unterscheiden sich ... nur graduell; es sind Strafzumessungsgründe, und nur Strafzumessungsgründe, die sie voneinander trennen" meint S c h r ö d e r ²⁾ und scheint damit nur einen einzigen Tatbestand der vorsätzlichen Tötung anerkennen zu wollen. Danach wären die §§ 211, 213, 216, 217 nur gesetzliche Strafzumessungsvariationen des § 212 ohne eigene Tatbestandlichkeit, vielleicht sogar ohne eigenen gesetzlich umrissenen Schuldgehalt. Eine Schuldänderung scheint er jedoch vornehmen zu wollen mit dem Satz, daß "die einzelnen im Gesetz enthaltenen Vorschriften über die Tötung (§ 211 mit § 217) sich quantitativ, nicht aber qualitativ" unterscheiden.

Diese Ausführungen S c h r ö d e r s decken sich mit der Ansicht von Graf von G l e i s p a c h ³⁾, daß es zur Umgrenzung des strafwürdigen U n r e c h t s genügt, den "höchst einfachen Tatbestand der vorsätzlichen Tötung" auf-

1) Zu letzterem Englisch, Sinn und Tragweite juristischer Systematik, in "Studium Generale", 1957, S.188/189

2) SJZ 50/562

3) Das kommende deutsche Strafrecht, Bes.Teil, 2.Aufl., S.371

zustellen. Letztere Ansicht mag nicht unrichtig sein. Der Gesetzgeber hat gegenwärtig Gelegenheit, sich mit einer solchen Forderung im Entwurf eines neuen Strafgesetzbuchs auseinanderzusetzen⁴⁾. Wir haben uns aber mit den geltenden Vorschriften zu befassen. Daß auf diese G l e i s p a c h s Meinung nicht paßt, scheint S c h r ö d e r erkannt zu haben, wenn er neuerdings schreibt⁵⁾, daß die "unbenannten Straferhöhungsgründe"⁶⁾ des § 211 Abs.2 doch tatbestandsändernden Charakter besäßen und teils Merkmale des Unrechts, teils Merkmale der Schuld und teils Merkmale seien, wo beide Komponenten kombiniert vorlägen. Dann aber ist Mord gegenüber Totschlag ein neuer Tatbestand⁷⁾. Einerseits betrachtet S c h r ö d e r also die Mordmerkmale als unbenannte Strafänderungsgründe⁸⁾, andererseits hat er in Verteidigung gegen einen Vorwurf W e l z e l s⁹⁾ "niemals bezweifelt, daß unbenannte Strafänderungsgründe bloße Strafzumessungsgründe ohne Einfluß auf den Tatbestand sind"¹⁰⁾. Dennoch erkennt er zwei Tatbestände vorsätzlicher Tötung an. Das eine schließt aber das andere aus. Die Ausführungen S c h r ö d e r s widersprechen sich. Es ist nicht möglich, die Merkmale des § 211 Abs.2 als unbenannte Strafänderungsgründe zu bezeichnen und gleichzeitig von zwei verschiedenen Tatbeständen des Mordes und des Totschlags zu sprechen, denn Strafzumessungsgründe, die im Gesetz nicht besonders benannt sind, bleiben ohne Einfluß auf den Tatbestand des Delikts¹¹⁾. Dieser der h.M. entsprechende Satz kehrt bei S c h r ö d e r mit den Worten wieder: "So verstanden (sc. Mord ist besonders verwerfliche vorsätzliche

4) Die Große Strafrechtskommission hat sich auf ihrer Märztagung 1958 wieder für eine kasuistische Fassung des Mordtatbestands entschieden, wie Schwalm, MDR 58/396 ff., mitteilt.

5) Schönke-Schröder, Komm.z.StGB, 8. Aufl., 1957, Anm. A VI zu § 211

6) JZ 52/526

7) Schönke-Schröder, a.a.O., Anm. I 3 vor § 211

8) vgl. zuletzt Schröder in Mezger-Festschrift, 1954, S. 415

9) JZ 52/74

10) Schröder, JZ 52/526

11) Jagusch, LK I, 8. Aufl., 1957 Anm. B II 3 vor § 13 und h.M.; in Frage kämen nur verschiedene Deliktstatbestände im Sinne von § 1. Ob Schröder diesen Tatbestandsbegriff im Auge hat, ist unsicher,

Tötung) bilden daher die §§ 211, 212, 213 ein einziges Delikt und letztlich einen einzigen Tatbestand, dessen Mittelstück der als Totschlag bezeichnete Fall ist, weil er de facto die große Menge der Tötungsdelikte aufzufangen bestimmt ist und die Mindestvoraussetzungen des Unrechts enthält. Seine Strafe wird bei mildernden Umständen nach § 213 herabgesetzt, seine schwersten Fälle hingegen werden als 'Mord' bezeichnet und - bisher - mit dem Tode bestraft, ohne sich jedoch anders als graduell vom Totschlag zu unterscheiden"¹²⁾. Damit sind die Merkmale des § 211 Abs.2 als nicht tatbestandsändernde Strafzumessungsregeln gekennzeichnet. S c h r ö d e r schränkt seine Ansicht allerdings dahingehend ein, daß § 211 "zwar nicht immer angewendet werden müsse, wenn seine Voraussetzungen gegeben sind, daß er aber nur bei deren Vorliegen angewendet werden dürfe und nicht auch in anderen besonders verwerflichen Fällen"^{12a)}. Mit dieser Auffassung S c h r ö d e r s wollen wir uns hier auseinandersetzen.

S c h r ö d e r führt zur Begründung dieser seiner Auffassung aus, daß die Fassung des § 211 Abs.2 zu weit sei, um gerecht zwischen Mord und Totschlag unterscheiden zu können¹³⁾. Die begriffliche Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag sei überhaupt nicht angebracht, sie müsse aufgegeben werden¹⁴⁾. Es erscheine die Frage berechtigt, welche Tötung Totschlag sei, wenn alle Fälle des § 211 Abs.2 Mord seien. Sei z.B. die Tötung aus niedrigen Beweggründen immer Mord, so würden nur noch die Fälle Totschlag sein, in denen der Täter nicht aus niedrigen, d.h. aus verständlichen Motiven und damit unter mildernden Umständen getötet habe. Diese Fälle aber fielen unter § 213 und damit sei die Tendenz des Gesetzgebers der Novelle vom 4.9.41 erreicht, die vorsätzliche Tötung, soweit sie nicht unter mildernden Umständen erfolgt, stets zum

12) Schröder, SJZ 50/563. Die in der neuesten Auflage seines Kommentars vertretene Ansicht wird an anderer Stelle Gegenstand unserer Erörterungen sein.

12a) Mezger-Festschrift, aaO., S.427

13) Schröder, JZ 52/527

14) Schröder, SJZ 50/569

Mord zu erklären. Desweiteren führt S c h r ö d e r an, daß in bestimmten Fällen eine Tötung i.S. des § 211 auch nicht besonders verwerflich sein müsse, daß einer also als Mörder zu verurteilen sei, obwohl er das eigentlich gar nicht verdient habe; z.B. könne die Strafe nicht einmal gemildert werden, wenn der Täter den erpresserischen Mitwisser einer Straftat tötet oder der Selbsterhaltungstrieb des entdeckten und gestellten Täters zu einer Tötung führt. Diese Fälle, die sich für jedes der Merkmale des § 211 in beliebiger Anzahl anführen ließen, zeigten, wie wenig glücklich der Gesetzgeber den § 211 Abs.2 gefaßt habe und die Notwendigkeit, hier als Richter korrigierend und helfend einzugreifen. Hier habe die Wissenschaft dem Richter zur Hand zu gehen, indem sie ihm den § 211 so auslegen hilft, wie es die praktische Anwendbarkeit dieser Vorschrift erfordert. Dazu diene es, wenn die Regelung des § 211 als nicht abschließend angesehen werde. Das führe zu gerechten Ergebnissen. Im übrigen sei die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag sinnlos, da für beide Delikte die gleiche Strafe verhängt werden könne (vgl. § 212 Abs.2) und damit der Grund der Unterscheidung weggefallen sei¹⁵⁾.

Das Ziel der Auffassung S c h r ö d e r s , die Merkmale des § 211 Abs.2 seien Strafzumessungsgründe, ist es, gerechte Ergebnisse in der Praxis sowohl in Fragen der Teilnahme als auch hinsichtlich der Tragweite der Mordmerkmale zu erreichen. Ob der von S c h r ö d e r vorgeschlagene Weg gangbar und dogmatisch haltbar ist, sollen nachfolgende Erörterungen zeigen. Zunächst müssen wir uns Klarheit darüber verschaffen, was unter Strafzumessungsgründen allgemein zu verstehen ist und wie sie sich in das Gesamtsystem unseres Strafrechts einordnen lassen, um sodann die Konsequenzen aus der Ansicht S c h r ö d e r s ziehen zu können.

15) SJZ 50/565

a) Vom Wesen des Strafzumessungsgrundes

Die Strafzumessung ist die vornehmste Aufgabe des Richters und im Grunde immer ein Akt des Ermessens¹⁶⁾. Das Gesetz kann lediglich die Grenzen dieses Ermessens abstecken und dem Richter bestimmte Regeln geben, nach denen er seine Ermessensentscheidung zu treffen hat. Eine einzige Ausnahme bildet § 211 des geltenden Rechts. Er bestimmt eine absolute Strafe. Der Richter hat diese festzustellen, wenn er die Voraussetzungen dieser Vorschrift bejaht hat.

Eine solche Regelung schafft Unbehagen. Der Gesetzgeber ist nicht in der Lage, von vornherein alle möglichen Fälle besonders verwerflicher Tötungen zu umreißen und für gleich strafwürdig zu erklären, ohne dem Richter einen Spielraum in der Strafzumessung zu belassen. Diese Erkenntnis hat S c h r ö d e r dazu veranlaßt, seine These von den unbekannten Strafänderungsgründen aufzustellen. Das Gesetz gibt zwar für die Strafzumessung gewisse Anhaltspunkte, Einzelheiten zu entscheiden, ist aber dem Richter mit guten Gründen vorbehalten worden. Der Spielraum innerhalb der Strafzumessung muß so vielfältigen Möglichkeiten Platz bieten, wie das Leben den praktischen Fällen, deshalb scheint auch § 62 Komm.Entw.1958 von geringem Wert zu sein¹⁷⁾. Er faßt alles das zusammen, was die Rechtsprechung entwickelt hat, ohne bindend sein zu wollen und zu können. Wozu dann überhaupt eine solche Vorschrift im Gesetz? Was sie enthält, wurde auch bisher bei der Strafzumessung beachtet.

Die Regeln, die die Praxis entwickelt hat und die im Gesetz bisher keinen Niederschlag gefunden haben, interessieren hier nicht. Für uns ist von Bedeutung, wie das Gesetz Fragen der Strafzumessung behandelt und ob es in das Gesamtbild unseres Strafrechtssystems einzuordnen ist, die Merkmale des § 211 Abs.2 als Strafzumessungsgründe zu behandeln.

16) Komm.Entw.1958, S.62 der amtl.Begründung

17) Heinitz, ZStW 70(1958) S.23 sagt über § 62: "Notwendig ist die Regel nicht, besonderen Schaden wird sie nicht anrichten". Kritisch auch Leferenz, ZStW 70, S.37/38

Die im Gesetz genannten, lediglich für die Strafzumessung bedeutenden Umstände, sind von der Wissenschaft und der Rechtsprechung mannigfach eingeteilt worden. Die gebräuchlichste und der allgemeinen Meinung entsprechende Klassifizierung ist, daß besondere, benannte, bestimmte, objektive Strafänderungsgründe allgemeinen, unbenannten, unbestimmten, persönlichen gegenübergestellt werden¹⁸⁾. Schröder will die Merkmale des § 211 Abs.2 als unbenannte besondere Strafänderungsgründe behandelt haben, deshalb brauchen wir uns nur mit diesen zu befassen. Im Gesetz aufgeführte unbenannte Strafänderungsgründe sind die mildernden Umstände¹⁹⁾, der minder-schwere Fall²⁰⁾, schwere Fälle²¹⁾, besonders leichte Fälle²²⁾ und die besonders schweren Fälle²³⁾. Es steht im Ermessen des Richters, wann er z.B. einen "besonders schweren Fall" oder "mildernde Umstände" annehmen will, wenn er auch hierbei sein Ermessen, wie überall, nur pflichtgemäß ausüben darf. Auf die unbenannten Strafänderungsgründe braucht sich der Vorsatz des Täters nicht zu beziehen²⁴⁾, ihre Rüge berührt den Schuldspruch nicht²⁵⁾, es bedarf bei ihnen keines Hinweises auf die Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes nach § 265 StPO²⁶⁾, sie ändern den Tatbestand nicht²⁷⁾.

b) Die Mordmerkmale als Strafzumessungsgründe

Wenn die Merkmale des § 211 Abs.2 so zu behandeln wären, dann hätte es dieser Vorschrift nicht bedurft, es sei denn, man faßte sie nur als Erläuterung der "besonders schweren Fälle" des § 212 Abs.2 auf, für die die Mord-Strafe verhängt werden kann. Für eine dahingehende Auslegung gibt das Gesetz keine

18) vgl.z.B. Engisch, SJZ 48/666 und ZStW 66/364,365

19) Z.B. §§ 80,95,100b,100f,105,106,113,114,117,118,146,154, 176,177,179,181,181a,213,216 usw.usw.

20) nur § 218 Abs.3

21) §§ 267, 348

22) §§ 175 Abs.3, 30 Abs.2 JGG

23) §§ 89,90,90a,91,92,100d,114,129,138,140 usw.

24) vgl. RGSt 68/391; RG JW 36/1677

25) vgl. RGSt 73/173

26) vgl. RGSt 70/358, 403

27) Schröder in Mezger-Festschrift (1954),S.424

Anhaltspunkte. In unserem Strafrecht wäre eine solche Auslegung ohne Beispiel. Mit dem gleichen Recht müßte man annehmen, daß § 243 lediglich Strafzumessungsregeln zu § 242 enthält, deren Anwendung im Ermessen des Richters steht. Gerade § 243 ist aber das Musterbeispiel einer kasuistischen Gesetzesfassung. Niemand ist meines Wissens bisher auf den Gedanken gekommen, in ihm nur Fälle eines unbenannten Straferhöhungsgrundes zu erblicken. Einen ähnlichen Vorwurf hat Welzel gegen Schröder erhoben²⁸⁾. Letzterer meint, daß nicht einzu-sehen sei, weshalb diese Ansicht nicht auf die Tötungsdelikte beschränkt bleiben sollte²⁹⁾. Man könnte aber auch die umgekehrte Frage stellen. Denn unterscheidet sich § 243 bezüglich der Aufzählung gewisser Umstände in seinem Aufbau von § 211 ? Wenn diese Vorschriften dennoch nicht gleich behandelt werden sollen, nämlich als Qualifizierung eines Grundtatbestandes, dann ist derjenige die dogmatische Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung schuldig, der sie vertritt. Diese Erklärung ist uns S c h r ö d e r bisher schuldig geblieben. Sie wird sich auch schwerlich finden lassen. Die Absicht, mit der unterschiedlichen Behandlung einen bestimmten Rechtseffekt zu erzielen, nämlich die für den Richter nicht bindende Regelung, ist keine stichhaltige, dogmatisch einwandfreie Begründung für die unterschiedliche Behandlung. Mit dem gleichen Recht könnte man der Ansicht sein, gewisse Umstände des § 243 dürften nicht abschließend - bindend sein, weil sie nicht ausreichen, das Vergehen des Diebstahls zum Verbrechen zu machen, und sie als unbenannte Straferhöhungsgründe behandeln.

Den Bedenken W e l z e l s ist daher zuzustimmen, wenn er ausführt, daß unser Strafrecht radikal vereinfacht würde, wenn man der Ansicht S c h r ö d e r s folgen wollte, "denn dann gäbe es nur noch Grunddelikte, während alle qualifizierten und privilegierten Tatbestände zu Zumessungsregeln jener Grunddelikte herabsänken"³⁰⁾. Daran ändert es nichts, daß

28) JZ 52/74

29) JZ 52/527

30) JZ 52/74

Schröder die Merkmale des § 211 Abs.2 als Beispiele eines unbenannten Strafänderungsgrundes behandelt wissen will, nicht als Beispiele eines benannten, wie Welzel angenommen hat. Die Bedenken sind die gleichen, ob man benannte Strafänderungsgründe wie bloße Strafzumessungsregeln ohne Einfluß auf den Tatbestand behandelt oder in einer solch eingehenden Kasuistik wie der des § 211 Abs.2 unbenannte Strafänderungsgründe sieht. Beide Alternativen entsprechen nicht unserer herkömmlichen Dogmatik. Wenn sie Gefolgschaft finden sollten, dann bedürften sie stichhaltigerer Begründung als der, man dürfe die Mordmerkmale nicht als abschließend-bindend ansehen, um gerechte Ergebnisse in der Praxis zu erreichen, im übrigen eine Frage, die erst noch der Prüfung bedarf.

Sieht man in den Mordmerkmalen unbenannte Strafänderungsgründe, dann sind es nur beispielhafte Modifikationen, die dem Richter ohne endgültige Bindung die Richtung weisen, in der er seine Entscheidung zu suchen hat³¹⁾. Unbenannte Strafänderungsgründe ändern den Tatbestand nicht³²⁾, wobei unter Tatbestand die Typisierung und Wertung zu verstehen ist, die sich ausschließlich auf die im Gesetz umrissenen Verhaltensweisen erstreckt und nicht nur Beispiele angibt, denen der Richter andere Fälle nach seinem Ermessen gleichsetzen kann³³⁾. Deshalb kann der Auffassung Schröders nicht gefolgt werden, daß es Qualifizierungen geben müsse, deren Tatbestand vom Richter zwar angewendet werden könne, aber nicht müsse, wenn es ihm als unbillig erscheint³⁴⁾. Dies würde bedeuten, dem Richter anheimstellen, über die Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift nach Billigkeitserwägungen zu entscheiden³⁵⁾

31) So auch Schröder, Mezger-Festschrift, 1954, S.427

32) BGHSt 2/393 f.; RGSt 69/51; 70/289; 74/65,66

33) Vgl. dazu Lange, MDR 48/313

34) Schröder, aaO., S.427

35) auch dann, wenn das Rechtswidrigkeitsurteil feststeht und die sonstigen Voraussetzungen der Straffolge erfüllt sind. Anders z.B. bei der Nötigung, wo die Tat nach § 240 Abs.2 erst rechtswidrig ist, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck "als verwerflich anzusehen ist". Hier muß der Richter erst die RW feststellen und kann dann erst die Frage der Strafbarkeit entscheiden. Vgl. Näheres bei Maurach, AT (1958), S. 230. Die Entscheidung über das Vorliegen sog.normativer Tatbestandsmerkmale läßt dem Richter nicht die Wahl, ob er einen Tatbestand anwenden will oder nicht. Hier handelt es sich

und nicht durch streng wissenschaftliche Subsumtion des konkreten Falles unter den abstrakten Tatbestand. Damit wäre die Idee der Tatbestandlichkeit unseres Strafrechts vernichtet (Welzel), das Rechtsstaatsprinzip erschüttert. Dem Richter die Möglichkeit geben, trotz der Erfüllung der im Gesetz umschriebenen Voraussetzungen eine Qualifikation nicht anzuwenden, wenn und weil es ihm im Einzelfall unangemessen erscheint, heißt, dem Richter Befugnisse einräumen, die nur der Gesetzgeber hat³⁶⁾. Dagegen wendet sich S c h r ö d e r. Er führt aus³⁷⁾, daß die gesetzlichen Qualifizierungen und Privilegierungen nichts weiter seien als antizipierte Strafzumessung, als die gesetzgeberische Beantwortung einer Frage, die sonst der Richter bei der Strafzumessung sich hätte stellen müssen. Entscheidend sei nur, ob die Abstufung der Deliktschwere durch den Gesetzgeber oder den Richter erfolgen soll. Das Ganze sei also nur eine Frage der Kompetenzverteilung zwischen Gesetz und Richter und letztlich somit eine Frage der Praktikabilität³⁸⁾.

Dazu ist zu bemerken, daß eben der Richter keine Kompetenz mehr hat, wenn der Gesetzgeber sie eindeutig für sich in Anspruch genommen hat wie im Falle des § 211 Abs.2. Dort ist ganz eindeutig und klar ausgedrückt, wann Mord gegeben ist. Dem Richter bleibt keine Möglichkeit, noch seinerseits eine Strafzumessung vorzunehmen, wie § 211 mit seiner absoluten Strafdrohung zeigt. Den umfassenden Katalog des § 211 Abs.2 mit der Strafzumessungsvorschrift des § 213 ("andere mildernde Umstände")

nur um Fragen der rechtlichen Würdigung.

- 36) "Der Sinn- und Wertgehalt der einzelnen Deliktstatbestände soll auch in Zukunft dadurch angezeigt werden, daß die festen Strafraum erhalten bleiben, obwohl es vom Standpunkt der Zweckmäßigkeit vielleicht vorteilhafter wäre, die kriminalrechtliche Reaktion ganz dem richterlichen Ermessen im Einzelfall zu überlassen".
So Jescheck, Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, Tübingen 1957, S.9/10
- 37) Mezger-Festschrift, S.426
- 38) a.a.O., S.428

dogmatisch auf eine Stufe zu stellen, geht nicht an, da kein Anhaltspunkt dafür gegeben ist, daß die Aufzählung der Mordmerkmale nur beispielhaft erfolgt sei. Im Gegenteil muß angenommen werden, daß der Gesetzgeber die Vorschrift mit der schärfsten Strafdrohung möglichst abschließend regeln wollte.

Damit ist nur gesagt, daß die Mordmerkmale nicht Beispiele eines unbenannten Strafänderungsgrundes sind mit allen daraus sich ergebenden Konsequenzen. Offen bleibt die Frage, wann die Mordmerkmale generell gegeben sind und ob sie zum Unrecht oder zur Schuld zu rechnen sind. Dann wird danach zu fragen sein, ob es ein Korrektiv gibt, mit dessen Hilfe ungerechte Entscheidungen verhindert werden können. Die Abstempelung der Mordmerkmale als Beispiele eines unbenannten Strafänderungsgrundes würde zwar dieses Korrektiv liefern in Form der richterlichen Ermessensentscheidung, läßt sich aber, wie wir gesehen haben, nur auf Kosten strafrechtsdogmatischer Systemwidrigkeiten durchführen und ist daher abzulehnen.

II. Unrechts- oder (und) Schuldmerkmale

1. Das Wesen von Unrecht und Schuld

Die sachliche Begründetheit der Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld kann vorausgesetzt werden (vgl. § 50 StGB), obgleich in neuerer Zeit die systematische Trennung von Schuld und Unrecht nicht immer klar durchgeführt wird³⁹⁾. Die sich um Fragen der Abgrenzung zwischen Schuld und Unrecht rankenden Probleme sind so vielgestaltig, daß eine erschöpfende Darstellung den Rahmen der vorliegenden Arbeit bei weitem sprengen würde. Die Darstellung all dieser Probleme bedeutete die Darstellung unseres gesamten Strafrechtssystems. Wir müssen uns hier darauf beschränken, die derzeitigen Grundauffassungen

39) Württenberger, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, Karlsruhe 1957, spricht Seite 57 Anm.54 von einer "heillosen Konfundierung von Unrecht und Schuld" und führt als "typisch" an Hardwig, ZStW 68 (1956), S.30

über Unrecht und Schuld unter Verzicht auf Einzelheiten zu umreißen. Dies soll mit Blick auf die Natur der Mordmerkmale versucht werden.

M a u r a c h ⁴⁰⁾ unterscheidet drei Grundauffassungen, die Merkmale Unrecht und Schuld ihrem Inhalt nach zu bestimmen: (1) Die heute von Hellmuth M a y e r ⁴¹⁾ vertretene Meinung, die zum Unrechtstatbestand das gesamte objektive (äußere) Geschehen zieht, während alles Subjektive (Psychologische) dem Schuldbereich angehört. (2) Die in der Gegenwart überwiegende Auffassung, die einerseits den Tatbestand und der Rechtswidrigkeit bestimmte psychische Strebungen und Vorstellungen des Täters zurechnet, andererseits das primär "psychologische" Schuldurteil durch bestimmte objektive Gegebenheiten beeinflußt sieht ⁴²⁾ und (3) eine Lehrmeinung, die die Unterscheidung zwischen dem "objektiven" Charakter des Unrechts und der "subjektiven" Natur der Schuld überhaupt verwirft. Allein maßgebend ist für diese Auffassung die Unterscheidung zwischen Wertungsobjekt (Unrechtstatbestand) und Wertungsurteil (Schuld). Diese Ansicht wird von den Anhängern der sogenannten finalen Handlungslehre vertreten, die den Handlungswillen des Täters als subjektives ("finales") Verbrechenselement bereits zur Kennzeichnung der Unrechthandlung heranziehen ⁴³⁾.

a) Unrecht und Schuld, objektiv-Äußerliches und subjektiv-Innerliches.

Die strikteste Trennung von Unrecht und Schuld finden wir in dem Lehrsystem Hellmuth M a y e r s ⁴⁴⁾. Die Schuld ist das

40) Maurach, AT, 1958, S.119

41) Deutsches Strafrecht, AT, Stuttgart u.Köln 1953; vgl.auch Arthur Wegner, Strafrecht, AT, Göttingen 1951

42) Diese Auffassung liegt vor allem den Lehrsystemen Mezgers, StudB.I (1957), S.82 ff. u.129 ff. und Sauers, Strafrechtslehre (1955), insbes.S.163 ff. zugrunde. Vgl.auch die Darstellungen über Unrecht und Schuld bei Kohlrausch-Lange, Komm.z.StGB, 41.Aufl. (1956), S.10 ff., 18 ff.; Mezger in StudB.I (1957), S.12 ff., Schönke-Schröder, 8.Aufl.(1957), S.9 ff.

43) Welzel, Das deutsche Strafrecht, 6.Aufl.(1958), S.54 ff.; Maurach aaO., S.126 ff. mit zahlreichen Literaturnachweisen.

Subjektiv-Innere, das Unrecht ist das Objektiv-Äußere des Verbrechens. Schuld und Unrecht sind in diesem Lehrsystem auf dialektische Weise verbunden: die äußere Tat sei überhaupt keine Tat, führt Mayer aus, sondern bloßes Naturereignis, wenn sie nicht als Äußerung eines Willens begriffen werde. Ebenso sei die nur subjektiv gebliebene Absicht noch gar kein Wille, denn das Wesen jeder Kraft und auch des Willens bestehe eben darin, sich zu äußern. Der nicht Tat gewordene Wille sei bloßes Denken und für das Strafrecht unbeachtlich ("Fürs Denken kann man niemand henken"). Tat und Wille oder objektives Unrecht und Schuld verhielten sich wie Körper und Seele⁴⁵⁾. Objektives Unrecht und Schuld seien beides nur Gliedbegriffe, Beziehungsbegriffe innerhalb des einheitlichen Gesamtbegriffes "Verbrechen". Das Verbrechen sei das vorgegebene Ganze, nur innerhalb dieses Begriffes lasse sich die Unterscheidung Unrecht und Schuld durchführen, nicht im Sinne zweier selbständiger Existenzen (§.105) .

Die einzelne konkrete Handlung sei nur dann objektiv rechtswidrig, wenn hypothetisch vorausgesetzt werde, daß die Handlung auch im strafrechtlichen Sinne zurechenbar (schuldhaft) war. War der Täter schuldlos, so könne im Strafrecht auch von objektivem Unrecht keine Rede mehr sein, "denn die unzurechenbare Tat ist kein objektivierter Wille, sie ist bloßer Unglücksfall" (§.105). Als Beispiel führt M a y e r folgenden Fall an: Wird ein Fußgänger von einem Auto überfahren, so ist dieser Vorgang nur dann rechtswidrig, wenn er vermeidbar war. Haben aber etwa die Bremsen infolge eines unvorhersehbaren Metallbruchs versagt, also in einer Weise, die für den Fahrer gänzlich unvermeidbar ist, so beurteilen wir das Ganze als ein bloßes Naturereignis, als einen Unfall. Der unglückliche Fahrer hat mit dem Unfall nicht mehr zu tun, als der neben ihm sitzende Fahrgast, der das Taxi gemietet hat. Hier laute die Frage der subjektiven Zurechenbarkeit oder

44) Mayer, aaO., S.101 ff. u.S.214,215; Wegner aaO.,S.106 ff.

45) Mayer, aaO., S.103

Schuld, ob die Tat wirklich einen strafrechtlich relevanten Willen zum Urheber hat. Handlungen Geisteskranker seien daher bloße Unglücksfälle. Damit sei das Verbrechen in Wahrheit nur noch Schuld (S.106), jede nicht schuldhaftige Handlung hänge somit im rechtsleeren Raum. Die Schuld (subjektive Zurechenbarkeit) bestehe darin, daß die Tat Willenswerk des Täters, d.h. der Täter Herr seiner Tat ist (S.214).

Von diesem Standpunkt aus muß M a y e r auch die Lehre von den sog. subjektiven Unrechtselementen ablehnen. Ein an sich nicht objektiv rechtswidriges Verhalten könne durch eine subjektiv rechtswidrige Absicht nicht rechtswidrig werden, denn in Wahrheit müsse die subjektive Absicht in der äußeren Tat objektiviert worden sein, sie müsse sichtbare Gestalt gewonnen haben (S.104) und damit sei die Rechtswidrigkeit wieder aus objektiven Kriterien zu bestimmen. Das objektiv-Äußerliche und das subjektiv-Innerliche läßt sich nach dieser Auffassung nicht vermengen. Es muß streng auseinandergehalten werden.

b) Die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen

In diese strenge Trennung von objektiv-äußerlich und subjektiv-innerlich⁴⁶⁾ erfolgte der erste große Einbruch durch die Entdeckung der subjektiven Unrechtselemente.

Zuerst hat H.A. F i s c h e r das Zivilrecht von der Grundlage der objektiven Rechtswidrigkeitslehre her daraufhin untersucht, inwieweit subjektive Momente für die Abgrenzung von Recht und Unrecht von Bedeutung sein können⁴⁷⁾. Er hat anhand

46) zurückgehend auf B e l i n g, für den alles objektiv Inhaltliche des Delikts zur Tatbestandsverwirklichung, alles subjektiv Inhaltliche zur Schuld gehört. Beling, Lehre vom Verbrechen, Tübingen, 1906, S.178: "... ist zu betonen, daß der Tatbestand selber ganz objektiv und von allen subjektiven Momenten ... frei ist".

47) Die Rechtswidrigkeit, 1911

von Beispielen nachgewiesen (Notwehr, Nötigung, Selbsthilferecht, Geschäftsführung ohne Auftrag), daß nicht "ein objektives Geschehen verboten ist, sondern, daß es verboten oder erlaubt ist, je nach der Gesinnung, mit welcher der Täter die Tat begeht"⁴⁸⁾. Damit war auch für das Strafrecht Veranlassung gegeben, die Lehre von der strikten Trennung von äußerlich = Unrecht und innerlich = Schuld neu zu durchdenken.

Die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen wurde für das Strafrecht zunächst aufgegriffen von Hegler und Max E. Mayer⁴⁹⁾. Von Sauer und Mezger⁵⁰⁾ weiterentwickelt und untermauert, ist sie heute allgemein anerkannt. Namhafte Autoren wie Eberhard Schmidt, Max Grünhut, Reinhard von Frank, Alexander Graf zu Dohna, Karl Engisch, Robert von Hippel, Gustav Radbruch⁵¹⁾ u.a. bauten auf dieser Lehre auf und entwickelten sie weiter.

48) Fischer, aaO., S.288

49) ZStW 36/19 ff. (1914) bzw. Mayer, StR, AT 1915, S.12 ff. und S.185 ff.

50) Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921, S. 343 ff. und Mezger, GS Bd.89/207 ff.; dort auch ein umfassender dogmengeschichtlicher Überblick. Vgl. weiter Mezger, Vom Sinn strafrechtlicher Tatbestände, in Festschrift für Träger, 1926, S.187 ff.

51) Eberhard Schmidt zuerst in der 25.Aufl. des Lehrbuchs des Strafrechts von Liszt-Schmidt, 1927; vgl. auch ZStW 49/367 ff.; Frank-Festgabe II S.127.

Grünhut, ZStW 50/285 ff., 52/117 ff.

Frank, 18.Aufl., 1931.

Dohna, ZStW 52 (1932), S.96 ff.

Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin 1930, S.62 ff., Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, Mezger-Festschrift, 1954, S.127 ff., insbes. S.133, neuerdings in Rittler - Festschrift, S. 165 ff., Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen.

v.Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd.2, S.188, 196 ff.

Radbruch, Frank-Festgabe I S.158 ff.

Schließlich auch das Reichsgericht, erstmals in RGSt 67/110 ff.; interessant schon RGSt 30/378 ff. (Urteil vom 10. 12. 1897 !), bes. S.380 oben.

Die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen besagt 52), daß das Recht sich auch auf inneres (subjektives, seelisches) Verhalten beziehen könne und nur "in der Regel" äußeres (objektives, körperliches) Verhalten betreffe. Nach Mezger ist Rechtswidrigkeit (Unrecht) das unpersönlich-objektive Urteil über den Widerspruch der Tat mit der Rechtsordnung, während die Schuld "die persönliche Zurechnung der Tat dem Täter gegenüber hervorhebt" 53). Das Unrecht ist der Widerspruch der Tat mit der objektiven Bewertungsnorm, d.i. die objektive Lebensordnung in ihrer geistigen Verkörperung. Aus dieser Bewertungsnorm leitet sich die subjektive Bestimmungsnorm ab, "die sich an den einzelnen wendet und ihm sagt und sagen will, was er seinerseits zu tun und zu lassen hat, um jener Bewertungsnorm zu genügen" 54). Genügt er dieser Bestimmungsnorm schuldhaft nicht und liegen die sonstigen allgemeinen Voraussetzungen für die Straffolge vor, so ist der Täter zu bestrafen. Dabei ist unter Schuld im strafrechtlichen Sinne zu verstehen, daß nach den gesamten äußeren und inneren Umständen des Falles mit dem Urteil über die rechtswidrige Tat der Vorwurf verbunden werden kann, "man" hätte unter diesen Umständen "anders handeln können". Dieses "Man-hätte-anders-handeln-können" ist die Folge der Notwendigkeit, im Strafrecht zu generalisieren, d.h. die Schuld nach dem zu bemessen, was "man" von einem Menschen in dieser Situation zu fordern billigerweise in der Lage ist. Es müsse auf allgemeine Begriffe und Gepflogenheiten abgestellt werden, dabei müsse die Frage der ethischen Schuld dahingestellt bleiben 55).

-
- 52) Im folgenden dargestellt nach Mezger, *StdB.I.*, 7. Aufl., 1957, S.85 ff.
- 53) Mezger, aaO., S.83, zurückgehend wohl auf Goldschmidts Pflichtnormentheorie (1913, *Der Notstand ein Schuldproblem*). Vgl. zu allem Maihofer, *Rittler-Festschrift*, S.141 f.
- 54) Mezger, aaO., S.84
- 55) Auf das hier interessierende Problem der Willensfreiheit des Menschen, d.h. inwieweit er bei Begehung der Tat oder vorher in der Lage gewesen wäre, den Anforderungen des Rechts, also der Bestimmungsnorm, zu genügen, kann nicht näher eingegangen werden. Näheres bei Graf zu Dohna, *Ein unausrottbares Mißverständnis*, in *ZStW* 66, S.505 ff.

Das Äußere der Tat sei für das Unrecht nicht immer entscheidend, sondern es komme vielfach auf "die vom Handelnden gegebene Richtung auf den Erfolg" an⁵⁶⁾. Hier trete durch das Wollen des Täters ein subjektives Element zum Unrecht hinzu. So sei nicht jede Manipulation an den Geschlechtsteilen, etwa zu ärztlich-diagnostischen Zwecken, eine "unzüchtige Handlung" (§ 176 Nr.3 StGB), sie werde es nur dann, wenn sie mit der Tendenz geschehe, den Geschlechtstrieb zu erregen oder zu befriedigen. Durch die subjektiv wollüstige Absicht erst werde das Unrecht begründet. Nahezu 90% der über 700 Tatbestände des StGB seien von subjektiven Unrechtselementen durchsetzt, d.h. von Elementen, die eine bestimmte innere Einstellung des Täters reflektieren⁵⁷⁾, so auch die Mordmerkmale, die nach M e z g e r alle zum Unrecht gehören⁵⁸⁾.

M e z g e r hält also grundsätzlich an der Einteilung fest, daß das Äußere der Tat zum Unrecht, das Innere zur Schuld gehört. Diese Konzeption wird durch das "subjektive Unrecht" durchbrochen, wogegen objektive Schuldmerkmale, das sind Merkmale, die in äußeren, nicht persönlichen Umständen gelegen sind, abgelehnt werden⁵⁹⁾.

Maihofer, aaO.S.160, rechnet den von Mezger so bestimmten Schuldvorwurf zum Unrecht (personal-sozialer Unrechtsvorwurf), übersieht dabei jedoch, daß es sich eigentlich um ein Problem der Zurechenbarkeit handelt (inwieweit ist der Mensch bei seinen Handlungen frei?)

57) Mezger hält sich dabei an eine ungedruckte Münchener Dissertation von R. S c h u d t , Die subjektiven Unrechtselemente in der neueren Strafrechtsentwicklung, 1952

58) Mezger, aaO., S.88, Moderne Wege, S.24

59) Mezger, aaO., S.138; vgl. dazu Thierfelder, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, 1932.- Es konnte in diesem Zusammenhang nur ein Überblick über die Auffassung Mezgers zu Schuld und Unrecht gegeben werden. Auf die Darstellung von Einzelheiten kann nicht eingegangen werden, insbesondere auch darauf nicht, wann im einzelnen subjektive Unrechtselemente vorliegen. Es wird unten zu prüfen sein, ob die Mordmerkmale subjektive Unrechtselemente enthalten. Vgl. zu allem auch S i e v e r t s , Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen, Hamburg 1934

56) Mezger, aaO., S.87

c) Unrecht und Schuld in der finalen Handlungslehre

Eine völlig andersartige Konzeption von Unrecht und Schuld haben die Vertreter der sogenannten finalen Handlungslehre entworfen.⁶⁰⁾ Die Zweiteilung "objektiv-subjektiv" wird aufgegeben. Der Vorsatz gehört zum Handlungstatbestand und damit zum Unrecht, nicht zur Schuld. Welzel führt zur Verdeutlichung folgendes Beispiel an: Wenn jemand einen anderen tödlich verletzt, so hängt die Frage, ob er damit den Tatbestand des Totschlags, den der Körperverletzung mit tödlichem Ausgang, den der fahrlässigen Tötung oder den des Schießens an verbotenem Ort (§ 368 Ziff.7) verwirklicht hat, einzig und allein von dem Vorhandensein und dem Umfang seines Vorsatzes ab⁶¹⁾. Deshalb sei auch nicht die von der Täterperson inhaltlich abgelöste Erfolgsverursachung (Rechtsgüterverletzung) allein das Unrecht, sondern rechtswidrig sei die Tat nur als Werk eines bestimmten Täters. "Rechtswidrigkeit ist immer die Mißbilligung einer auf einen bestimmten Täter bezogene Tat. Unrecht ist täterbezogenes, 'personales' Handlungsunrecht" (S.56). Und: "Der personale Handlungsunwert ist der generelle Unwert aller strafrechtlichen Delikte. Der Sachverhaltsunwert (das verletzte bzw. gefährdete Rechtsgut) ist ein unselbständiges Moment bei zahlreichen Delikten". Für Welzel ist das Unrecht das rechtswidrige Verhalten, die Rechtswidrigkeit kennzeichnet dabei nichts anderes als eine Eigenschaft an diesem Verhalten, und zwar den "Widerspruch der Tatbestandsverwirklichung zur Rechtsordnung als ganzer", das Mißverhältnis zwischen der Tatbestandsverwirklichung und den Anforderungen des Rechts (S.47/48). Demgegenüber sei das Unrecht etwas Substantielles, ein Substantivum, die rechtswidrige Verhaltensweise selbst.

Die Verantwortlichkeit für die rechtswidrige Handlung, für das Begehen des substantiellen Unrechts, ist die Schuld. Die Schuld "macht dem Täter den persönlichen Vorwurf, daß er die

60) Dazu Maihofer, aaO., S.145 f.

61) Welzel, Strafrecht, 6.Aufl., 1958, S.55

rechtswidrige Handlung nicht unterlassen hat, obwohl er sie unterlassen konnte". Sie enthält die doppelte Relation des Nicht-rechtswidrig-sein-sollens weil Recht-mäßig-sein-könnens, hier liegt der spezifische Vorwurfscharakter der Schuld (S.119). "Schuld ist das, was der Täter, der zu rechtmäßigem Verhalten in der Lage war, durch seine rechtswidrige Handlung der Rechtsgemeinschaft schuldig geblieben ist. Schuld ist ein negativer Wertbegriff und darum ein Steigerungsbegriff. Die Schuld kann größer oder geringer sein, je wichtiger oder je geringfügiger die Anforderung des Rechts ist und je leichter oder je schwerer es dem Täter war, ihr nachzukommen" (S.120).

Da also unter Schuld die Vorwerfbarkeit des Handlungswillens zu verstehen ist, können nur solche Merkmale zur Schuld gehören, die ausschließlich einen besonderen Grad der Vorwerfbarkeit und persönlichen Verantwortlichkeit für die Tat kennzeichnen. Dies ist bei den Mordmerkmalen beispielsweise nicht der Fall. "Mordlust", "Befriedigung des Geschlechtstriebs", "Habgier" und dgl. bezeichnen seelische Beweggründe bzw. Ziele, aber nicht einen besonderen Grad der persönlichen Verantwortlichkeit für die Tat. Deshalb können sie auch nicht zur Schuld, sondern müssen zum Unrecht gezählt werden. Sie sind nach dieser Auffassung subjektive Unrechtselemente, die das soziale Unwerturteil über die Tat verstärken (S.69).

d) Die hier zugrundeliegende Auffassung von Unrecht und Schuld:

Bevor wir in die Untersuchung eintreten, ob die einzelnen Mordmerkmale zum Unrechtstatbestand oder zur Schuldseite des Verbrechens "Mord" gehören, müssen wir die Begriffe Unrecht und Schuld herausarbeiten, die wir unseren Überlegungen zugrundelegen wollen. Denn es zeigt sich, daß die Einordnung je verschieden ist, ob wir das Unrecht als äußerlich-objektiv, die Schuld als innerlich-subjektiv auffassen, diese Momente mischen oder von dieser Unterscheidung überhaupt absehen, wie die finale Handlungslehre, die die Zuordnung zu Unrecht oder Schuld nach anderen Kriterien vornehmen muß. Soviel kann

jedenfalls schon jetzt gesagt werden: bei Merkmalen wie "zur Befriedigung des Geschlechtstrieb", "aus Habgier", "um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken" usw. handelt es sich nicht um Merkmale des objektiven Tatbestandes, des Äußerlich-Objektiven, sondern wir haben es mit einem Sachverhalt zu tun, der im Inneren des Täters gegeben ist, also die subjektive Seite der Tat erfaßt. Es wird sich die Notwendigkeit erweisen, jede der drei Gruppen der Mordmerkmale, die Motive, die Zwecke und die Absichten, gesondert nach ihrer Natur zu erforschen.

Der dabei zugrundezulegende Begriff von Unrecht und Schuld kann nicht der unter a) dargestellte Hellmuth M a y e r s sein. Die innerhalb eines vorgegebenen Verbrechensbegriffs, der "eine Ganzheit im logischen Sinne" sei⁶²⁾, durchgeführte Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld a u s s c h l i e ß l i c h nach den Kriterien äußerlich-innerlich hält einer kritischen Prüfung nicht stand. Der Grenzziehung, rechtswidrig ist das äußere Verhalten, schuldhaft ist das innere Verhalten des Täters, liegt eine petitio principii zugrunde, die darin liegt, daß man die Schuld von vorneherein als einen Mangel der Innenseite des Täters ansieht.

Die subjektiven Unrechtselemente liefern einen Gegenbeweis. Sie zeigen, daß die Trennung objektiv - subjektiv = Unrecht - Schuld nicht immer richtig ist. Hellmuth M a y e r meint⁶³⁾, daß in Wahrheit auch bei sogenannten subjektiven Unrechtselementen die subjektive unrechtsbegründende Absicht in der äußeren Tat objektiviert gewesen sein müßte. Das ist nicht richtig.

62) Mayer, aaO., S.101, 109 Anm.1

63) Mayer, aaO., S.104

Gewisse ärztliche Untersuchungsbehandlungen lassen sich von einer unzüchtigen Handlung (§ 176) äußerlich nicht unterscheiden. Erst die subjektiv unzüchtige Absicht macht aus der neutralen eine rechtswidrige Handlung. Wäre dem nicht so, könnte ein Arzt in Ausübung seines Berufes überhaupt nie eine unzüchtige Handlung begehen, selbst dann nicht, wenn er es wollte.⁶⁵⁾ M a y e r meint, eine objektiv erlaubte Handlung

könne durch eine bloß innerlich gebliebene Absicht niemals unerlaubt werden. Durch die unlautere Absicht wird aber die Tat eine andere, nämlich objektiv unerlaubte, rechtswidrige. Darin liegt die subjektive Unrechtsbegründung. Die Verbots- und Gebotsnormen des Strafrechts beziehen sich eben nicht nur auf äußeres Geschehen, sondern auch auf den Willen des Angesprochenen, des Normadressaten. "Die (in diesem Zusammenhang nicht näher zu bestimmende) Norm etwa, man solle nicht töten, gibt nicht einen lediglich kausalen Vorgang wieder, sondern enthält schon im Nicht-sollen selbst die logische Voraussetzung, daß damit ein auf den menschlichen Willen zu beziehendes Verhalten gemeint sei. Jede derartige Norm schließt die Möglichkeit der Befolgung und der Nichtbefolgung ein und wendet sich damit notwendig an den Willen"⁶⁶⁾. Die Tendenz der Handlung (z.B. wollüstige Absicht) hat eine tatbestandskonstitutive, unrechtsbegründende Wirkung, obwohl sie zur 'Innenseite' der Handlung gehört.

Wir finden im System Hellm. M a y e r s keine brauchbaren Begriffsbestimmungen von Unrecht und Schuld, an denen wir messen könnten, in welchen Bereich die Mordmerkmale zu zählen sind. M a y e r selbst nimmt zur Natur dieser Merkmale nicht Stellung. Es ist jedoch nach seiner Systematik nicht schwer zu erkennen, daß er sie teils der Schuld (soweit sie

65) Es sei denn, die Handlung fiele äußerlich als objektiv unzüchtig auf. Wer will dies aber entscheiden, ohne die subjektive Seite der Tat zu kennen? Ist ein solches objektives Urteil überhaupt möglich?

66) Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, Tübingen 1958, S.146

subjektiv-Innerliches betreffen, wie: niedrige Beweggründe, zur Befriedigung des Geschlechtstrieb, Mordlust usw.), teils dem Unrecht (soweit sie objektiv-Äußerliches betreffen, wie: mit gemeingefährlichen Mitteln) und teils beiden zurechnen müßte (soweit sie sowohl Inneres als auch Äußeres betreffen, wie: heimtückisch und grausam).

Die Finalisten gehen in der Bestimmung von Unrecht und Schuld zu einseitig zugunsten des Unrechts vor. Nach dieser Lehre bleibt für die Schuld nicht viel übrig, der Begriff der Schuld wird ausgehöhlt und entleert⁶⁷⁾. Diese Aushöhlung ist zurückzuführen auf ihren Handlungsbegriff, der den Vorsatz des Täters einschließt und diesen als Bestandteil des Unrechts, nicht wie die überkommene Handlungslehre als Bestandteil der Schuld begreift. "So füllt sich die Unrechtslehre immer mehr mit seelischen Momenten an, die ursprünglich irrtümlich der Schuldlehre zugewiesen waren: zunächst mit den subjektiven Unrechtselementen, dann mit dem Handlungswillen. Die Schuldlehre dagegen scheidet die subjektiv-seelischen Elemente aus und behält das normative Element der Vorwerfbarkeit allein zurück" schreibt W e l z e l⁶⁸⁾ und faßt damit diese Lehre bezüglich des Unrechts- und des Schuldbegriffs zusammen. Es ist hier nicht der Ort, alle für und wider die finale Handlungslehre sprechenden Argumente darzustellen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen. Darüber ist viel geschrieben worden. Nur soviel sei gesagt: Entgegen der Behauptung W e l z e l s ist die finale Handlungslehre nicht in der Lage, das fahrlässige mit dem vorsätzlichen Delikt unter einem Handlungsbegriff zu vereinigen. Bei den fahrlässigen Delikten ist das final angesteuerte Ziel der Handlung rechtlich irrelevant, der rechtlich erhebliche Erfolg dagegen nicht final herbeigeführt, sondern rein kausal verursacht. Hier versagt der

67) Dazu Englisch, Der finale Handlungsbegriff, Kohlrausch-Festschrift, S.172. Für die Schuldlehre bleiben bei Welzel nur übrig die Lehre von der Zurechnungsfähigkeit und die Lehre vom Rechtsirrtum.

68) Das neue Bild des Strafrechtssystems, 3.Aufl., Göttingen 1957, S.40/41

finale Handlungsbegriff. W e l z e l ⁶⁹⁾ gibt zu, daß der Willensinhalt bei den fahrlässigen Delikten rechtlich irrelevant ist, der Willensinhalt sei aber in bezug auf die Handlungsmittel erheblich. "Das Wesen der fahrlässigen Handlung liegt darin, daß die Willenssteuerung bei der Auswahl oder der Anwendung der Handlungsmittel eine Kausalfolge nicht berücksichtigt, die mit der Anwendung dieser Mittel erkennbar verknüpft ist. Fahrlässigkeit ist der Mangel der w i r k l i c h e n W i l l e n s s t e u e r u n g bei der M i t t e l a u s w a h l und der Mittelanwendung im Verhältnis zu dem im Verkehr (zwecks Vermeidung unerwünschter Nebenfolgen) g e b o t e n e n Mindestmaße an Finalsteuerung". "Darum setzt die fahrlässige Handlung notwendig voraus, daß sie ein der Steuerung durch den Willensinhalt unterliegendes Geschehen ist, und zwar muß bereits die wirklich vollzogene, als fahrlässig zu b e u r t e i l e n d e Handlung eine final gesteuerte Handlung sein ..." ⁷⁰⁾. Der diesen Ausführungen zugrunde liegende Begriff der Finalität wird von W e l z e l so definiert: "Finalität ist eine Seinskategorie: sie ist die wirkliche Überdetermination des realen Geschehens durch den lenkenden Willen" ⁷¹⁾.

Schon aus dieser Begriffsbestimmung folgt, daß die fahrlässige Handlung keine finale sein kann. § 1 versteht unter Handlung sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässige, zu deren Wesen der herbeigeführte Erfolg gehört ⁷²⁾. Dieser zur fahrlässigen Handlung gehörige Erfolg ist nicht "durch lenkenden Willen überdeterminiert" herbeigeführt, sondern kausal verursacht, was W e l z e l einräumt. Daraus muß die Konsequenz

69) Welzel, aaO, S. 11

70) Welzel, aaO., S. 11/12 und Strafrecht, 6. Aufl., S. 37

71) Welzel, Strafrecht, S. 40; zustimmend Mezger, StudB. I, S. 50

72) Welzel, Strafrecht, S. 110, meint, daß der Eintritt eines Erfolges kein wesentliches Element der fahrlässigen Delikte sei, wie sich bei den fahrlässigen Gefährdungsdelikten zeige, wo der Erfolg völlig fehle. Er übersieht dabei, daß bei diesen Delikten eben gerade die verursachte Gefährdung der "Erfolg" der fahrlässigen Handlung ist.

gezogen werden: unserem geltenden Recht liegt ein komplexer, nämlich ein final-kausaler Handlungsbegriff zugrunde⁷³⁾. Der eindimensionale finale Handlungsbegriff entspricht nicht dem geltenden deutschen Strafrecht⁷⁴⁾.

Mezger stellt dem obigen Begriff der "Finalität des Handelnden" eine "Finalität des Gesetzes" gegenüber. Darunter versteht er das, was das Gesetz vom Handelnden will, und an dem der Wert der Handlung gemessen wird⁷⁵⁾. Das "gebotene Mindestmaß an Finalsteuerung bei der Mittelauswahl und der Mittelanwendung", dessen Verletzung nach Welzel die Fahrlässigkeitstat charakterisiert, hat mit der Handlung nicht das geringste zu tun, sondern stellt sich als jene Finalität des Gesetzes dar. Das gebotene Mindestmaß von Finalsteuerung ist ein Attribut der Handlung, deshalb ist es eine innerhalb der Handlungslehre nicht zu entscheidende Frage, ob man dieses Attribut zur Rechtswidrigkeit (Welzel) oder zur Schuld (Mezger und die h.M.) zählt, fest steht, daß es nicht geeignet ist, die fahrlässige Handlung dem "finalen Handlungsbegriff" einzuordnen.

Schlägt man dieses Attribut der Handlung zur Rechtswidrigkeit und sagt man mit Niese⁷⁶⁾: "Als Vertreter eines für das Strafrecht wirksamen finalen Handlungsbegriffs kann nur gelten, wer den Vorsatz zur Unrechtshandlung rechnet", dann wird vollends klar, daß die "finale Handlungslehre gar keine finale Handlungs-Lehre" (insoweit stößt sie offene Türen ein),

73) Mezger, StudB.I, S.51. Über Aufgabe und Funktion des Handlungsbegriffs neuerdings Mezger in Rittler-Festschrift, S.119 ff.

74) Man muß sich in unserem Strafrecht hüten vor einer "Gleichsetzung des der rechtlichen Betrachtung vorgegebenen ontischen mit dem juristischen Handlungsbegriff", wie Bockelmann, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, Göttingen 1949, S.31, zutreffend ausgeführt hat. Zustimmend Mezger, Moderne Wege, S.25

75) Mezger, StudB.I, S.51

76) Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Tübingen 1951, S.11

sondern in Wirklichkeit eine finale Unrechts-Lehre ist⁷⁷⁾. Als solche gehört sie systematisch in die Lehre von der Rechtswidrigkeit.

Die Rechtswidrigkeit aber erfordert nicht den Vorsatz als generelles zu ihr gehöriges Element. Gegen den Vorsatz als generellen Bestandteil des Unrechtstatbestandes sprechen zwingend positivrechtliche, sachliche, sprachliche und historische Gründe⁷⁸⁾. Insbesondere aus § 43 kann nicht geschlossen werden, daß der Vorsatz Unrechtsbestandteil ist⁷⁹⁾.

Die Ablehnung der These, daß der Vorsatz zum Unrechtstatbestand gehöre, kann nicht ohne Rückwirkungen auf die Stellungnahme zu der von W e l z e l vertretenen Unrechtslehre sein. Unrecht ist für W e l z e l täterbezogenes, 'personales' Handlungsunrecht, Rechtswidrigkeit dagegen ein Merkmal an der Handlung, nämlich die ein Mißverhältnis ausdrückende Relation zwischen Handlung und Rechtsordnung. Diese Unrechtsbestimmung zeigt den Einfluß der Annahme, daß der Vorsatz Unrechtselement sein soll. Für die das soziale Unwerturteil über die Tat erst begründenden oder verstärkenden Merkmale des Unrechts, die den Unrechtsgehalt der Tat nach W e l z e l erst ausmachen hat er keine zuverlässigen Kriterien gefunden, nach denen er sie bestimmen könnte. Daraus ist die Tatsache zu erklären, daß er etwa "aus Habgier", "aus Mordlust" usw. bei der Tötung zum Unrecht zählt. Bei der Tötung im Falle des Notstandes aber ein Schuldmerkmal annimmt⁸¹⁾. Man könnte fragen: Wird der sozialetische Gehalt der Tat zwar dadurch beeinflußt, daß

77) Mezger, Stud.B.I., S.52 und Leipz.Komm.Bd.I, 8.Aufl., S.6 ff.

78) Ausführlich dargelegt bei Mezger, Leipz.Komm.Bd.I, S.296 ff.

79) Dazu haben Mezger, Moderne Wege, S.26 und Engisch, Rittler-Festschrift, S.173 ff. das Nötige gesagt. Darauf wird Bezug genommen.

80) Strafrecht, aaO., S.69

81) Strafrecht, aaO., S.157

der Täter einen anderen aus Habgier umbringt, nicht aber dadurch, daß er ihn tötet, um seinen Bruder aus Lebensgefahr zu befreien⁸²⁾? Eine dogmatisch unterschiedliche Behandlung dieser beiden Fälle bei W e l z e l läßt auf den Mangel an zuverlässigen Unterscheidungsgesichtspunkten dieser subjektivistischen Unrechtslehre schließen. Es scheint vielmehr, daß das Ergebnis durch irrationale Erwägungen vorweggenommen und danach die Einordnung einzelner Merkmale vollzogen wird.

Die von M e z g e r durchgeführte Unterscheidung von Unrecht und Schuld, nach der grundsätzlich äußeres Verhalten zum Unrecht, inneres zur Schuld gehört, scheint wenig praktischen Wert zu besitzen, wenn man bedenkt, daß M e z g e r selber zugeben muß, daß 90% der Straftatbestände von subjektiven Unrechtselementen durchsetzt seien. Außerdem ist, wie schon betont, die Unterscheidung 'innen-außen' ein mit Vorsicht zu handhabender Maßstab für die Zuordnung einzelner Verbrochenselemente zu Unrecht oder Schuld⁸³⁾.

Der Ausgangspunkt M e z g e r s ist jedoch als richtig anzuerkennen. Die Definition, daß Unrecht das objektiv-allgemeine Urteil über den Widerspruch der Tat mit der Rechtsordnung, Schuld die persönliche Zurechnung der Tat dem Täter gegenüber ist, könnte als Ausgangspunkt einer Betrachtung zum Wesen der Mordmerkmale dienen, wenn man die weitere Unterscheidung M e z g e r s nach objektiv-äußerlich und subjektiv-innerlich ins rechte Licht rückt. Was soll diese Unterscheidung bei M e z g e r überhaupt noch für einen Wert haben, wenn man bei ihm die "niedrigen Beweggründe" des § 211 Abs.2 beispielsweise zum Unrechtstatbestand gezählt sieht⁸⁴⁾, obgleich man wirklich nicht wird sagen können, daß es sich dabei um 'Objektiv-Äußerliches' handele.

Im folgenden wird es unser Ziel sein, für Unrecht und Schuld Formeln zu finden, an denen gemessen sich mit hinreichender Sicherheit feststellen läßt, ob die Mordmerkmale zum Unrecht

82) dazu Schmidhäuser, aaO., S.154

83) vgl. dazu Hegler, Frank-Festschrift, S.251 ff.

84) StudB. aaO., S.88, Moderne Wege, S.24

oder zur Schuld gehören. Dabei wird von einer Unterscheidung zwischen Widerrechtlichkeit und Unrecht abgesehen. Sie ist für unsere Zwecke nicht erforderlich, wäre daher eine unnötige Komplizierung.

Wir haben angenommen, daß Widerrechtlichkeit (Unrecht) das objektiv-allgemeine Urteil über den Widerspruch der Tat mit der objektiven Bewertungsnorm, d.i. die Verkörperung der objektiven Lebensordnung, ist. Aus dieser Bewertungsnorm leitet sich eine Bestimmungsnorm ab, "die sich an den einzelnen wendet und ihm sagt und sagen will, was er seinerseits zu tun und zu lassen hat, um jener Bewertungsnorm zu genügen"⁸⁵⁾. Kommt er dieser Bestimmungsnorm in einer Weise nicht nach, die ihm zum Vorwurf gereicht, so handelt er schuldhaft. Schuld ist also Vorwerfbarkeit unrechtmäßigen Handelns. Nach welchen Gesichtspunkten ist nun zu bestimmen, was zum Unrecht, was zur Schuld gehört?

Immer ist auszugehen von der Unrechtsbestimmung, denn "wie ... soll sich eine Untersuchung der spezifischen Schuldmerkmale bemächtigen, wenn sie nicht die Unrechtsmerkmale als in sich bestimmt und abgegrenzt voraussetzen darf?"⁸⁶⁾ Zunächst können wir das Begriffspaar 'innen-außen' als Kriterium der Unterscheidung zurückstellen. Von dieser Basis aus kann, vorbehaltlich anderer als der bei M e z g e r gegebenen Verwendung, auch dann nur unsicher bestimmt werden, welche Merkmale zum Unrecht, welche zur Schuld gehören. Weiterhelfen kann uns der Begriff der sogenannten Sozialschädlichkeit. Damit ist gemeint, daß alles das Unrecht ist, was gegen die soziale Gemeinschaftsordnung, wie sie sich in unserem Normensystem verkörpert, verstößt⁸⁷⁾. Sozialschädlichkeit ist in erster Linie Rechtsgüterverletzung. Diese ist der "generelle" Unwert jeder

85) Mezger, StudB.I, S.84

86) Engisch, Vorsatz, S.60

87) Nagler, Leipz.Komm.Einl. (7.Aufl.), S.16; Sauer, Allg. Strafrechtslehre, S.47; Schaffstein, ZStW Bd.57, S.327; Hegler, ZStW 36/31 u.Frank-Festschrift I, S.277; Thierfelder, StrAbh. Heft 308, S.9; Zimmerl, Aufbau, S.34; Kohlrausch-Lange, S.8

Straftat⁸⁸⁾. Sie liegt in dem konkreten Verstoß gegen eine Verbots- oder Gebotsnorm. Nach unserer oben gegebenen Definition der Rechtswidrigkeit ist dieser Verstoß durch ein objektiv allgemeines Urteil festzustellen. Diese Feststellung bezieht sich prima facie nur auf Objektives, da die Rechtsordnung ihr Urteil regelmäßig nur an nach außen in Erscheinung getretenes Verhalten knüpfen kann (cogitationis poenam nemo patitur). Reicht das äußere Geschehen aus, um die im Gesetz beschriebene verbotene Verhaltensweise (die Tatbestandlichkeit des Verhaltens) hinreichend sicher zu erkennen, dann ist für subjektive Elemente zur Feststellung der rechtswidrigen Tatbestandsverwirklichung kein Raum mehr. Die Einbeziehung seelischer Momente in den Tatbestand ist nur angebracht "dort, wo die Beziehung eines Tatbestandes auf bestimmt geartete Verhaltensweisen nur unter der Bedingung sinnvoll ist und dem Lebenssprachgebrauch entspricht, daß bestimmte subjektive Elemente vorliegen, ..." ⁸⁹⁾. Die subjektiven Unrechtselemente sind also Ausnahmen, die nur dort zugelassen werden dürfen, wo die Bestimmung des Unrechts auf andere Weise nicht möglich ist. Der strenge Ausnahmecharakter ist zu betonen, da bei beliebiger Handhabung und Vermehrung dieser Elemente zum "Färben", "Variieren" usw. des tatbestandlichen Unrechts (Subjektivismus der Finalisten) die klare Trennung zwischen Schuld und Unrecht verlorengeht. Diese "Konfundierung von Schuld und Unrecht" führt schließlich zum Ende jeder sinnvollen strafrechtlichen Systematik⁹⁰⁾.

Als Ergebnis können wir festhalten: Unrecht ist objektiv zu bestimmen. Ausnahmsweise kann Subjektives zu dessen Begründung beitragen, wenn anders eine gesetzlich beschriebene mit Strafe bedrohte Verhaltensweise nicht festgestellt oder von einer anderen nicht unterschieden werden kann. Der Be-

88) Dazu Würtenberger, aaO., S.58

89) Engisch, Rittler-Festschrift, S.181

90) Siehe Anm.39

griff der "gesetzlich beschriebenen mit Strafe bedrohten Verhaltensweise" ist dabei im weitesten Sinne zu verstehen, d.h. daß Privilegierungen und Qualifizierungen eines Grundtatbestandes darin inbegriffen sind⁹¹⁾. Bei der Unrechtsbestimmung ist abzustellen auf die objektive Rechtsgutsverletzung⁹²⁾. Diese zeigt sich regelmäßig in einem äußerlich feststellbaren Erfolg der Handlung⁹³⁾.

Mit diesen Kriterien zur Unrechtsfindung soll versucht werden festzustellen, ob die Mordmerkmale Unrechtselemente enthalten. Zuvor muß jedoch unser Schuldbegriff näher beleuchtet werden, da sich auch von dieser Seite her Abgrenzungsmöglichkeiten ergeben könnten.

-
- 91) Von Privilegierungen und Qualifizierungen spricht man dann, wenn einem Grundtatbestand lediglich strafmildernde oder strafschärfende Merkmale hinzugefügt werden, welche zu einer gegenüber dem Grunddelikt abweichenden Bewertung des Gesamtvorganges führen, ohne daß der Grundtatbestand in seiner Substanz berührt würde (Maurach, MatStrRef. I, S.250). Diese Merkmale müssen nicht notwendig Unrechts-, sondern können auch Schuld Elemente sein (Lange, JZ 53/15 Anm.52; Mezger, NJW 53/2; Gallas, ZStW 67/29,46). Diese Schuld Elemente gehören dann wohl zum Verbrechenstatbestand nach § 1 (möglicherweise auch zum sog. Garantietatbestand, Engisch, Mezger-Festschrift, S.131), nicht aber zum "gesetzlichen Tatbestand" des § 59 (gesetzlicher Unrechtsstatbestand), der oben mit "gesetzlich beschriebene mit Strafe bedrohte Verhaltensweise" gemeint ist.

Die Frage Welzels (JZ 52/73), was Lange (JR 49/165 ff.) unter den von ihm geprägten Begriffen der "Schulderhöhungs- und Schuldverminderungstypen" verstehe, dürfte also dahin zu beantworten sein: sie sind durch verschiedenen Schuldgehalt vom Grunddelikt abgehobene Qualifizierungen bzw. Privilegierungen eines Grundtatbestandes. Bei strenger Unterscheidung verschiedener Tatbestandsbegriffe sollte darüber kein Streit herrschen.

Schwalm, MDR 58/396 ff., teilt von der Arbeit der Großen Strafrechtskommission mit, daß allein schuld mindernde Beweggründe künftig in einem gesonderten privilegierenden Tötungs-Tatbestand zusammengefaßt werden sollen.

- 92) Nur soweit das in den gesetzlichen Tatbestand beschriebene Verhalten durch die Rechtsgutsverletzung gedeckt wird, spricht man von Unrechtsmerkmalen (Sieverts, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen, Hamburger Rechtsstudien, Heft 19 (1934), S.120 ff.).
- 93) Vgl. dazu Württenberger, aaO., S.58 f. und besonders Spendel, ZStW 65, S.519 ff.

Die Schuld macht dem Täter den persönlichen Vorwurf, daß er so und nicht anders gehandelt hat, obwohl "man" unter diesen Umständen anders hätte handeln können. Vom W e l z e l 'schen Schuld-begriff haben wir bereits erfahren, daß er ein Steigerungs-begriff ist. Das gilt auch für den hier vertretenen Schuld-begriff. Jeder Täter ist nach seiner Schuld strafbar (§ 50 Abs.1). Damit sagt schon das Gesetz, daß ein Mittäter einer Straftat anders bestraft werden kann als der andere, auch wenn sie äußerlich in genau dem gleichen Maße an derselben Straftat mitgewirkt haben. Es ist die eigentliche Aufgabe des Richters, jeden einzelnen Täter nach seiner Schuld individuell zu bestrafen, anderenfalls hätte der Gesetzgeber für jede Straftat eine absolute Strafe bestimmen können. Nicht-straftbefreiende unverschuldete Not, geminderte Zumutbarkeit, eine besondere Konfliktslage, besonders verächtliche und gemeine Gesinnung, minderwertige Motive, eine herausfordernd asoziale Einstellung gegenüber den Anforderungen des Rechts können Gesichtspunkte sein, nach denen der Richter die Schuld des Verbrechers beurteilt und danach die Strafe bemißt. Dabei kann das begangene Unrecht jeweils das gleiche sein⁹⁴⁾.

Fraglich ist, ob die Schuld Variationen erfahren kann durch sog. objektiv gefaßte Schuldmerkmale. Als objektiv gefaßte Schuldmerkmale werden solche in einer gesetzlichen Vorschrift beschriebene Merkmale bezeichnet, die ein besonderes Ausmaß (Geringfügigkeit oder Schwere) der Schuld des Täters aus objektiven Umständen anzeigen sollen, z.B. in § 217 "in oder gleich nach der Geburt" oder in § 243 Nr.2 "Einbruch", "Einsteigen"⁹⁵⁾. Diese Lehre ist insofern richtig, als es

94) vgl. dazu Hardwig, ZStW Bd.68, S.28

95) Diese Lehre wurde entwickelt von Hegler, RG-Festgabe V, S.314 Nr.35, Frank-Festgabe I, S.253 f., im Anschluß daran sein Schüler Thierfelder, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, StrAbh. Heft 308 (1932). Von Nagler, LK., 6.Aufl., S.37, als 'erklügelt' abgelehnt, hat diese Lehre eine gewisse Anhängerschaft gefunden, wird jedoch in der neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nur mehr vereinzelt aufgegriffen, vgl. Schmidhäuser, aaO., S.186/187.

objektive Merkmale in gesetzlichen Tatbeständen gibt, die sich als Vermutungen für den Grad der Täterschuld darstellen. Sie sind jedoch nicht selbst Schuld. Das "In oder gleich nach der Geburt" in § 217 drückt aus, daß die Tötung eines unehelichen Kindes zu diesem Zeitpunkt eine Privilegierung erfährt, weil unwiderlegbar gesetzlich vermutet wird, daß die Verantwortlichkeit der Täterin zu diesem Zeitpunkt vermindert war⁹⁶⁾. Ob dies tatsächlich der Fall gewesen ist, bleibt dabei außer Betracht. Es liegt somit eine gesetzliche Schuldvermutung vor, nicht aber handelt es sich um ein Merkmal, das selbst Schuld ist. Um selbst Schuld zu sein, müßte es zu dem beim Täter gegebenen "inneren Sachverhalt", der Gegenstand des Schuldvorwurfs ist, gehören⁹⁷⁾.

Die Mordmerkmale als Merkmale des Unrechts oder der Schuld:

"Gemeinsam ist allen Mordmerkmalen, daß es sich bei ihnen um Tatbestands-, nicht um Schuldmerkmale handelt", meint M a u r a c h⁹⁸⁾. Aus dem Hergang der Tat allein lasse sich nicht ermitteln, ob Mord oder Totschlag vorliege, erst das Vorhandensein bestimmter Motive etwa stemple die Tat zum Morde⁹⁹⁾. Daß W e l z e l die Mordmerkmale zum Unrecht zählt, ist schon dargetan worden. In einer eingehenden Begründung führt er dazu aus¹⁰⁰⁾, daß es überhaupt nur einen einzigen Tötungstatbestand gäbe, wenn die Mordmerkmale nicht zum Unrecht, sondern zur Schuld gehörten. § 212 wäre der Tötungstatbestand, während alle übrigen Bestimmungen (§§ 211, 216, 217) keine Tatbestände, sondern bloße Schuldvarianten des § 212 bildeten. "Zu welchen Konsequenzen das, etwa für die Deliktsnatur dieser Bestimmungen (besonders der §§ 216/17)

96) Über die Berechtigung dieser gesetzlichen Vermutung vgl. Gummersbach, GS 107, S.188

97) § 217 kommt der Täterin auch dann zugute, wenn ihr Gemütszustand bei der Tat keineswegs im Sinne dieser Vermutung beeinflusst war, OGHSt 3/115 f.

98) Dt.StrR, BT, 1956, S.26

99) Dt.StrR, AT, 1958, S.183

100) Welzel, JZ 52/73 f.

gemäß § 1 führen müßte, sei nur angedeutet". Und: "Als der Lustmörder Haarmann nach der Hinrichtung seziert wurde, soll bei ihm Geisteskrankheit festgestellt worden sein. Sollte er nun kein Lustmörder mehr gewesen sein, da er - der Geistes- kranke - doch nicht dem Schulterhöhungstyp des § 211 hatte unterfallen können? Kann aber nicht auch der Geistes- kranke aus Mordlust, aus Habgier, aus niedrigen Beweggründen, heim- tückisch, grausam, zur Ermöglichung oder Verdeckung einer Straftat töten? Ganz zu schweigen von der Anwendung gemeinge- fährlicher Mittel, bei der die Deutung als 'Schulderhöhungs- typ' wirklich nicht mehr rationell durchführbar ist! Hier rächt sich das alte Vorurteil, daß seelische Momente notwen- dig Schuldmerkmale seien". Dieser Argumentation W e l z e l s haben die übrigen Vertreter der Lehre von der Unrechtsnatur der Mordmerkmale nichts hinzuzufügen¹⁰¹⁾.

Gegen die Unrechtsnatur der Mordmerkmale wird vor allem gel- tend gemacht, daß diese Merkmale stets nicht nur die Tat und ihren Unrechtsgehalt kennzeichnen, sondern daß sie vor allem die Persönlichkeit des Täters und seine Schuld charakteri- sieren, wie eine Einzelanalyse der Mordmerkmale zeige¹⁰²⁾. Der Tat-Täterschuldgedanke sei in dieser Vorschrift besonders ausgeprägt, wie sich aus seiner Entstehungsgeschichte und der

101) Berger, NJW 49/336 f.; Hardwig, GA 54/257 f., 259; Hartung, SJZ 49/69; Heinitz, Festschrift der Jurist.Fa- kultät Der Freien Universität Berlin zum 41.Deutschen Juristentag in Berlin 1955, S.114, verurteilt den Streit um die Natur der Mordmerkmale; Jagusch, SJZ 49/325 f.; Mezger, StudB.I, S.88, Moderne Wege, S.24; Sax, ZStW 64/ 393 f.;397; Schaefer in LK II, Anm.I 2 zu § 211; Eb.Schmidt, DRZ 49/241 ff.; wohl auch Schröder, Mez- ger-Festschrift, aaO., S.415f., 427.

Die oberstgerichtliche Rechtsprechung hat sich dieser Auffassung angeschlossen: OGHSt 1/81 ff.; 1/95 ff.,103; 2/389 ff.,391. BGHSt 1/369 ff.,(371) führt aus: "Die Merkmale des § 211 sind echte Tatbestandsmerkmale, weil § 211 gegenüber § 212 eine andere Straftat ist". Gerade dies soll aber doch dadurch bewiesen werden, daß der ver- schiedene Unrechtsgehalt beider Vorschriften nachgewiesen wird. Der BGH nimmt das gewünschte Ergebnis aufgrund offenbar irrationaler Erwägungen als richtig vorweg. Der BGH hat in st.Rspr. den Tatbestandscharakter der Mordmerk

systematischen Ordnung der Tötungsdelikte ergebe¹⁰³⁾. Für die Schuldnatur der Mordmerkmale spreche auch die leichtere praktische Handhabung und die Erzielung gerechterer Ergebnisse, ganz abgesehen von den Teilnahmefragen. "Aber selbst insoweit diese Verschiedenheit im Unrechtstatbestand anzutreffen ist (sc. bei der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln), kann man doch sagen, sie wäre für sich allein kein hinreichender Grund für den Gesetzgeber gewesen, Angelpunkt der Unterscheidung von Mord und Totschlag zu werden. Es ist offensichtlich die höhere Schuld, die durchgängig den Mörder kennzeichnet. Sie ist es, die unter den Voraussetzungen des § 211 Abs.2 den besonderen Verbrechenstypus konstituiert"¹⁰⁴⁾. Etwas anderes sei es, ob dem Gesetzgeber die genaue Erfassung der spezifischen Schuld des Mörders geglückt sei. "Aber der Grundgedanke selbst ist und bleibt der, daß sich in den Fällen des Mordes eine besonders verwerfliche Gesinnung und eine besonders nichtswürdige Persönlichkeit offenbart". Hier hakt G a l - l a s ein und kommt von der systematischen Grundlage eines finalistischen Handlungsbegriffs aus (!) zu der Annahme, daß Mordmerkmale, die eine Gesinnung ausdrücken, Schuldmerkmale seien, in denen der Gesetzgeber Grad und Ausmaß der Vorwerfbarkeit typisiert habe¹⁰⁵⁾. Nach allen diesen Auffassungen gehören die (einzelne) Mordmerkmale zum Schuldbereich¹⁰⁶⁾, was jedoch nichts an der Eigentatbestandlichkeit im Sinne der Deliktsnatur gemäß § 1 ändere¹⁰⁷⁾.

male bejaht, z.B. BGHSt 3/180 ff.(181); 6/329 ff.(331); 7/287 ff.(291); 9/385 ff. (Gr.Sen.).

102) Lange, JR 49/169 Sp.2

103) Kohlrausch-Lange, aaO., § 211 Anm.VII

104) Engisch, GA 55/166

105) Gallas, ZStW 67/45

106) So, z.T. auf unterschiedlicher gesamtsystematischer Grundlage: Hardwig, GA 54/257 ff.u. ZStW 68/14 ff.; Jescheck, GA 56/110; Piotet, ZStW 69/28; Sauer I, S.260; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S.224; Württemberg, aaO, S.57; in ähnlichem Sinne offenbar auch, allerdings einseitig abgestellt auf den Begriff der Gesinnung (darüber unten), die amtliche Begründung zur Neufassung des § 211, DJ 41/934 ff.

107) Engisch, GA 55/167, JR 44/170 f.

Im folgenden soll anhand einer Einzelanalyse der Mordmerkmale untersucht werden, inwieweit sie Schuld, inwieweit sie Unrecht enthalten. Dabei werden die oben herausgearbeiteten Kriterien für Schuld- und Unrechtsbestimmung zugrunde gelegt.

- a) Die Motive ("aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebs, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen")
-

(B e g r i f f) Ein einheitlicher Motivbegriff ist in der Strafrechtswissenschaft bisher nicht gefunden worden. Wir können uns im Rahmen dieser Arbeit nicht mit einzelnen Auffassungen auseinandersetzen, sondern müssen uns sogleich entscheiden, welchen Begriff des Motivs wir als den für das Strafrecht geeignetsten ansehen¹⁰⁸).

Beweggrund (Motiv) ist die Ursache des Handelns (Unterlassens). Motivation ist das sich im Täter abspielende Abwägen des Für und Wider der Tat, sie gehört also zur "Innenseite" der Tat, zum Psychischen. Das schließt nicht aus, daß sowohl Äußeres wie Inneres zur Motivbildung beitragen kann. Motiv ist die Antwort auf das Warum der Tat¹⁰⁹).

(Z u g e h ö r i g k e i t) Schon aus dieser Wesensbestimmung des Motivs ist ersichtlich, daß es eines besonderen Nachweises bedarf, wenn es auf das Tatumrecht von Einfluß sein soll. Es erscheint wenig sinnvoll, von verschiedenem Unrecht zweier Diebstähle zu sprechen, von denen der eine aus Übermut, der andere aus krassem Eigennutz begangen worden ist, wenn ansonsten die gleichen Umstände vorgelegen haben. Mit seiner inneren Einstellung kann der Täter seine Schuld, kaum aber das Tatumrecht beeinflussen. Die Motive sind die Wurzeln der Vorsatzschuld. Nicht anders verhält es sich mit den Beweggründen

108) Vgl. zu der Vielschichtigkeit und Umstrittenheit des Motivbegriffs N e u m e y e r , Das Motiv der Straftat und seine strafgesetzliche Verwendung, Diss. München 1950 (ungedruckt), S.3 bis 48

109) Zu allem sehr ausführlich A.Bürger-Prinz, Motiv und Motivation, Hamburg 1950.
Vgl. auch Seelig, ZStW 66 (1954) S.286

beim Mord, wenn diese auch im Gesetz aufgezählt sind. Diese Aufzählung ändert nicht den Inhalt der Motive, ihre Natur wird davon nicht berührt. "Aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen" sind Merkmale der Schuld. Sie erhöhen die Schuld des Täters in einem Maße, daß dem Gesetzgeber dafür die lebenslange Zuchthausstrafe angemessen erschien, ohne dem Richter einen Spielraum zu lassen. Das Unrecht einer solchen Tötung und das Unrecht des Totschlags sind dasselbe. In beiden Fällen ist das allein geschützte Rechtsgut das Leben eines Mitmenschen. Es handelt sich auch um die Verletzung der gleichen Norm. Dem Verbot "Du sollst nicht töten" die Verbote "Du sollst nicht aus Mordlust töten", "Du sollst nicht aus Habgier töten" usw. gegenüberstellen, hätte keinen Sinn und würde auf allen Gebieten des Rechts zu einer unübersehbaren Menge von Ge- und Verboten führen, was unser gesamtes Normensystem in Frage stellen würde. In dem Tötungsverbot ist jede Art von Tötung inbegriffen, aus welchen Gründen sie auch immer geschehen mag. Es gibt nur zwei Möglichkeiten: entweder ein bestimmtes Handeln ist verboten oder es ist nicht verboten. Es gibt kein mehr oder weniger starkes Verbot, es gibt allenfalls mehr oder weniger gewichtige Rechtsfolgen, die an den Normverstoß vom Staate geknüpft werden¹¹⁰⁾.

Im Sinne unserer Unrechtskriterien kann gesagt werden: Der objektive Unrechtsgehalt des Mordes mit niedrigen Motiven ist die Tötung eines Menschen. Mit der Feststellung der vorsätzlichen Tötung ist die gesetzlich beschriebene strafbare Verhaltensweise hinreichend gekennzeichnet. Die in § 211 Abs.2 aufgezählten Motive beeinflussen daher nur die Schuld des Täters, nicht aber den Unrechtsgehalt der Tat.

110) Ausführlich Schmidhäuser, aaO., S.193,223 Anm.3

b) Die Absichtsmerkmale ("um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken")

M e z g e r ¹¹¹⁾ meint, es bedürfe keiner besonderen Begründung, daß "um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken" subjektives Unrechts- (Tatbestands-) Element sei, weil dieser Fall als sogenanntes Absichtsdelikt schon "zu den klassischen Fällen der subjektiven Unrechtsbestimmung" gehöre.

Dem kann nicht beigetreten werden. "Klassische Fälle", bei denen die Absicht als subjektives Unrechtselement zu betrachten ist, sind die Absichtsdelikte mit sogenannter "überschießender Innentendenz", d.h. in diesen Fällen muß das, was der Täter beabsichtigt, jenseits des objektiven Tatbestandes liegen. Beispiel:¹¹²⁾ Jemand greift in einem Gasthaus nach einem fremden Mantel, der über seinem eigenen hängt, in der Absicht, statt des eigenen den fremden Mantel mitzunehmen, falls dies unbeobachtet geschehen kann; für den Fall, daß der Eigentümer auf das Tun aufmerksam werden sollte, will er den Anschein erwecken, als habe er nach dem fremden Mantel nur gegriffen, um den eigenen vom Gestell nehmen zu können. Dieser Fall zeigt, daß hier die Zueignungsabsicht tatbestandskonstitutiv ist, denn das, was äußerlich geschieht, reicht nicht aus, überhaupt den Versuch einer strafbaren Handlung zu erkennen. Im Sinne unserer Kriterien zur Unrechtsfindung: Die im Gesetz beschriebene mit Strafe bedrohte Verhaltensweise kann nicht objektiv bestimmt werden, weshalb die Absicht - und nur deshalb! - als subjektives Unrechtselement in den Tatbestand aufgenommen werden muß. Diese Absicht mit überschießender Innentendenz zählt zu den klassischen Fällen subjektiver Unrechtsfindung.

Anders liegt es bei der Absicht in § 211 Abs.2: Ohne diese Absicht in den Tatbestand aufzunehmen, kann festgestellt werden, welches Delikt der Täter vollendet oder versucht hat. Das objektiv feststellbare Tatumrecht ist die Tötung eines

111) Moderne Wege, aaO., S.24

112) Von E n g l i s c h , Vorsatz 62/63 und Rittler-Festschrift S.178

Menschen. Um dies festzustellen, brauchen wir die Absicht des Täters so wenig zu kennen wie dessen Motive. Die Absicht ist hier erhöhte Schuld des Täters¹¹³⁾. Gerade dadurch, daß der Täter so gemein ist, einen Menschen zu töten, um sich der Verantwortung für begangenes Unrecht zu entziehen oder um Unrecht zu begehen, läßt er erhöhte Schuld auf sich. Es ist nicht einzusehen, wie diese Absicht das Unrecht der Tat beeinflussen sollte. Das geschützte Rechtsgut, das Leben, wird durch diese Absicht nicht mehr und nicht weniger stark verletzt, als dies durch die Tötung ohne diese Absicht geschieht.

c) Die Tatausführungsmerkmale ("heimtückisch oder grausam, oder mit gemeingefährlichen Mitteln")

Da die in Gruppe zwei des § 211 Abs.2 aufgezählten Mordmerkmale nicht unter einen zusammenfassenden strafrechtlichen Begriff gebracht werden können, müssen sie einzeln untersucht werden. Gemeinsam ist allen drei Merkmalen dieser Gruppe folgendes: Im Sinne unserer Kriterien für die Unrechtsfindung gilt das für die beiden anderen Gruppen Gesagte. Keines dieser Merkmale ist deshalb subjektives Unrechtselement, weil anders eine gesetzlich beschriebene und mit Strafe bedrohte Verhaltensweise nicht festgestellt oder von einer anderen nicht unterschieden werden könnte. Wenn die "gesetzlich beschriebene und mit Strafe bedrohte Verhaltensweise" Privilegierungen und Qualifizierungen außer Betracht läßt, so bedeutet das nicht, dass letztere sich niemals auf der Unrechtsseite unterscheiden könnten. Sie unterscheiden sich dann im Unrechtstatbestand, wenn das objektive Unrecht verschieden ist. Bei den Merkmalen der zweiten Gruppe des § 211 Abs.2 ist zu prüfen, ob sie eine Erhöhung des objektiven Unrechts gegenüber dem Totschlag beinhalten¹¹⁴⁾.

113) Im Ergebnis ebenso Gallas, Gutachten, S.152 Anm.89

114) Zum Problem der Abstufbarkeit des Unrechts (Rechtswidrigkeit) vgl. Kern, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64/255 ff.

aa) H e i m t ü c k i s c h tötet, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zur Tat ausnützt und dabei von einer feindlichen Willensrichtung gegen das Opfer beherrscht wird¹¹⁵⁾. Die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers, ein nach dieser Rechtsprechung objektiv-äußerlich festzustellender Sachverhalt, gehört nach unserer objektiven Unrechtsbetrachtung nicht zum Tatbestand, da dieser Sachverhalt auf die Sozialschädlichkeit der Tat im Sinne der Rechtsgutsverletzung ohne Einfluß ist. Das wäre nur dann anders, wenn heimtückisches Handeln für sich genommen ein sozialetisch wertwidriges, mit Strafe bedrohtes Verhalten wäre. Das ist unstreitig nicht der Fall¹¹⁶⁾. Das Ausnützen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers begründet die erhöhte Schuld des Täters. Betrachtet man "heimtückisch" als Tatbestandsmerkmal, so muß sich der Vorsatz des Täters auf die die Heimtücke konstituierenden Tatsachen bei Ausführung der Tat erstrecken. Gerade das muß aber im Interesse gerechter Entscheidungen vermieden werden¹¹⁷⁾. Das schließt nicht aus, daß der Täter bei Ausführung der Tat sich des ihm zu erhöhter Schuld gereichenden Sachverhaltes bewußt werden kann. Heimtückisch tötet aber auch, wer sich die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers nur vorstellt und sie auszunützen glaubt ohne Rücksicht darauf, ob sie wirklich gegeben sind oder nicht. Die Schuld des Täters wird davon nicht berührt.

115) BGHSt 2/60; 3/183; 9/385

116) Beispiel, wo sich Grundtatbestand-Qualifizierung im objektiven Unrechtstatbestand unterscheiden:
§ 242 - § 243 Nr.2. Hier wird neues, gegenüber dem Diebstahl zusätzliches Unrecht begangen (Hausfriedensbruch, § 123; Sachbeschädigung, § 303).

A.A. die h.M., die keine neue Rechtsgutsverletzung annimmt, vgl. z.B. Maurach, AT (1954), S.185 (Rechtsgut auch hier nur Eigentum und Gewahrsam).

117) Das hat Engisch, GA 55/165, in einer Besprechung des in dieser Hinsicht lehrreichen Falles BGHSt 6/329 ff., NJW 54/1896/97 überzeugend dargelegt. Dieser Fall wird uns unten noch eingehend beschäftigen. Der Unrechtscharakter läßt sich angesichts der praktischen Konsequenzen einer solchen Annahme nicht halten.

- bb) G r a u s a m tötet, wer dem Opfer besonders starke Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung zufügt¹¹⁸⁾. In dieser Definition des Bundesgerichtshofes zeigt sich deutlich, worauf es wirklich ankommt. Seine gefühllose, unbarmherzige Handlungsweise gereicht dem Mörder zu erhöhtem Vorwurf. Enthält die grausame Tötung darüberhinaus auch erhöhtes Unrecht gegenüber dem Totschlag?

Tatmerkmal der Grausamkeit im Sinne des § 211 Abs.2 ist nach der Rechtsprechung, daß dem Opfer besondere Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zugefügt werden. Da subjektive Unrechtselemente nur dort angenommen werden dürfen, wo die Tatbestandsbestimmung anders nicht möglich ist, gilt auch hier: Der Tötungstatbestand ist mit der vollendeten Tötung erfüllt. Die besonderen Umstände der Tat erhöhen die Schuld des Täters, nicht das Unrecht der Tat. Es ist ein Zeichen besonderer Verwerflichkeit des Täters, wenn er aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung sein Opfer unter Bereitung von starken Schmerzen oder Qualen tötet¹¹⁹⁾. Für die Zulassung eines subjektiven Unrechtselements besteht kein Bedürfnis, Erhöhung des objektiven Unrechts liegt nicht vor, "grausam" ist somit Schuldmerkmal. Alle sonstigen, bei der "Heimtücke" angeführten Gründe gelten auch hier.

- cc) G e m e i n g e f ä h r l i c h ist ein Mittel, das über die beabsichtigte Tötung eines bestimmten Einzelnen hinaus die Verletzung mehrerer oder gar vieler Personen an Leib oder Leben nach sich ziehen kann. Außerdem wird auch eine "besonders skrupellose und terroristische Gesinnung" zur Zeit der Tat zu fordern sein¹²⁰⁾.

118) BGHSt 3/264

119) Ob die Bereitung starker Schmerzen oder Qualen für das Merkmal der Grausamkeit mit der Rechtsprechung des BGH zu fordern ist, ist eine im Rahmen dieser Arbeit nicht zu prüfende Frage. Bedenken könnten sich aus der Schuldnatur dieses Merkmals ergeben.

120) Schaefer, Leipz.Komm.II (8.Aufl.), S.206/07; für letzteres vgl. Helm.Roeder, Die Tatbestandsmerkmale des § 211, Diss.München 1954, S.95

"Mit gemeingefährlichen Mitteln" erscheint prima facie als objektives Tatbestandsmerkmal des Mordes. Hier allenfalls könnte der Unrechtsgehalt von Mord und Totschlag verschieden sein, schreibt Engisch¹²¹⁾. Doch dies allein wäre für den Gesetzgeber schwerlich der Angelpunkt der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag geworden. Es ist auch hier offenbar die erhöhte Schuld, die den Täter kennzeichnet.

Das geschützte Rechtsgut ist auch hier allein das Leben eines anderen. Das Merkmal "mit gemeingefährlichen Mitteln" bedeutet darüber hinaus keine Ausdehnung des Rechtsschutzes etwa auf die öffentliche Sicherheit etc. Qualifikationsgrund ist die Skrupellosigkeit des Täters, der zur Begehung des Verbrechens Naturgewalten unter Inkaufnahme der Gefährdung unbeteiligter Werte, insbesondere von Menschenleben, entfesselt¹²²⁾. Daß der Täter, um sein verbrecherisches Ziel zu erreichen, zu derartigen Mitteln greift, zeugt von seiner skrupellosen, nichtswürdigen Persönlichkeit. Die Anwendung gemeingefährlicher Mittel ist symptomatisch für den besonders verwerflichen und gemeinen Täter und steigert in besonderem Maße seine Schuld¹²³⁾.

121) GA 55/166

122) Mautsach, BT 1956, S.30

123) Zustimmend die in ähnlicher Richtung weisenden Gedanken Langes, JR 49/170: 'Vor allem aber tritt zutage, daß Tatumstände, Tatmotive und Tatmittel nur symptomatische Bedeutung haben, daß der gesetzgeberische Gedanke die Bewertung der Persönlichkeit, die Schuldsteigerung in jenem komplexen Sinne ist'. Die Abstellung auf die Bewertung der Täterpersönlichkeit ist bedenklich, weil dadurch die Grenze zur Täter-Gesinnungsschuld flüssig wird. Näheres im nächsten Kapitel. - Im übrigen sind die Ausführungen Langes, aaO., nicht ganz einheitlich: S.169, Sp.2 spricht er von verschiedenem Unrechtsgehalt von Mord und Totschlag und von den "Tatbestandsmerkmalen" des § 211 Abs.2, die er unter § 50 Abs.2 einordnen will. S.171, Sp.1 wird dargelegt, daß sich die §§ 211 - 217 im 'Unrechtstyp' nicht unterscheiden (§ 212 umreiße das Unrecht der Tötung erschöpfend) und sich nur als 'Schulderhöhungs- bzw. -minderungstypen' voneinander abheben würden; folgerichtig wird § 50 Abs.1 angewendet.

Das objektive Unrecht der Vernichtung eines Menschenlebens bleibt davon unberührt. Es ist daher kein nach § 59 zu behandelndes Unrechtsmerkmal, sondern ein Schuldsteigerungselement. Deshalb ist die Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln im verständlichen Affekt nicht Mord¹²⁴⁾. Der Qualifikationsgrund, die besondere Skrupellosigkeit des Täters, entfällt in diesem Falle. Dieses Ergebnis ist dogmatisch einwandfrei nur über die Schuldnatur zu erreichen. Diese rechtfertigt sich somit auch aus Gründen der Gerechtigkeit.

III. Behandlung der allgemeinen Einwendungen gegen die Schuldnatur der Mordmerkmale

Die Argumentation W e l z e l s¹²⁵⁾ und seiner Anhänger für die Unrechtsnatur der Mordmerkmale vermag nicht zu überzeugen. W e l z e l klagt darüber, daß die Schuldnatur der Mordmerkmale die Tatbestandlichkeit des § 211 vernichten und nur einen einzigen Tötungstatbestand, den § 212, übriglassen würde. Abgesehen davon, daß die Behandlung der

124) Alle in Anm.101 bezeichneten Autoren und die Rechtsprechung verlangen, daß dieses Merkmal vom Vorsatz des Täters umfaßt sein muß, da es zum objektiven tatbestandlichen Urteil gehöre. Die Konsequenzen aus dieser Ansicht werden nicht gezogen: Handelt der Täter zwar mit gemeingefährlichen Mitteln, aber im verständlichen Affekt, so wird auch von ihnen Totschlag angenommen; vgl. Mezger, StudB.BT, 5. Aufl., S.18; Maurach, BT, aaO., S.27 (lehnt bei nach § 213 bedeutsamen Umständen den Tatbestand ab wegen der 'Sperrwirkung des mildernden Tatbestandes'); Welzel, 6. Aufl., S.236/37 (Persönlichkeitswürdigung); anders Schäfer bei Dalcke, Strafrecht und Strafverfahren, 36. Aufl., 1955 Anm.A 2 zu § 211. - Kann der Affekt ein Merkmal des Unrechtstatbestands beseitigen, da er doch regelmäßig den Vorsatz unberührt läßt? Dazu RG 77/41 ff.; OGHSt 1/143 ff.u.bes.klar 3/19 ff.(22/23); interessant BGHSt 7/326; vgl. auch Schäfer bei Dalcke, aaO., Anm.A 2 zu § 211. Sollte wirklich eine Persönlichkeitswürdigung zur Ablehnung eines "an sich" vorliegenden Tatbestandsmerkmals führen können, wie Welzel meint? Darüber unten.

125) S.41/42 der Arbeit; JZ 52/74 ff.

Mordmerkmale im Rahmen der Schuld systematisch näher liegt als im Rahmen des Unrechts, ist es nicht richtig, daß die Schuldnatur der Mordmerkmale die Tatbestandlichkeit aller Tötungsdelikte vernichtet und nur den § 212 als Tatbestand übrig läßt mit der Folge, daß alle übrigen Tötungsdelikte keine eigene Deliktsnatur nach § 1 haben. Daß die Merkmale des § 211 nicht zum gesetzlichen Tatbestand im Sinne des § 59 gehören, schließt nicht aus, daß sie zum Deliktstatbestand gehören. Schuldmerkmale sind geeignet, einen neuen Deliktstatbestand zu begründen¹²⁶⁾. Nur um ihn geht es bei der Einordnung nach § 1. Zur Bereinigung von Mißverständnissen müssen verschiedene Tatbestandsbegriffe streng auseinandergehalten werden¹²⁷⁾.

Bei den Tötungsdelikten steht im übrigen nur bei § 216 eine andere Deliktsnatur gemäß § 1 in Frage, alle übrigen sind Verbrechen. Weitere für das Strafrecht unangenehme Konsequenzen der Annahme, daß die Mordmerkmale Schuldmerkmale sind, deutet Welzel an, ohne sich konkret zu äußern.

Die polemische Frage W e l z e l s : "Sollte er" - der angeblich geisteskranke Massenmörder Haarmann - "nun kein Lustmörder mehr gewesen sein, da er - der Geisteskranke - doch nicht dem Schulterhöhungstyp des § 211 hatte unterfallen können?" ist einfach zu beantworten: Ein strafrechtlich Unzurechnungsfähiger kann aus niedrigen Beweggründen, aus Habgier, grausam usw. töten. Das hat nichts mit der strafrechtsdogmatischen Natur dieser Merkmale zu tun. Betrachtet man sie als Schuldmerkmale, so liegen sie strafrechtserheblich nicht vor. "Schuldmerkmal" ist ein strafrechtswissenschaftlicher Begriff und enthält das Element der Vorwerfbarkeit, der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Daß letztere

126) Auf Anmerkung 93 wird Bezug genommen.

127) Über verschiedene Tatbestandsbegriffe Englisch in Mezger-Festschrift, aaO., S.127 ff.

nicht gegeben ist, ändert nichts daran, daß der geistes-
kranke Täter aus Habgier usw. handelt. Ob Unrechts- oder
Schuldnatur der Mordmerkmale, nach beiden Auffassungen ist
der geisteskranke Mörder nicht Verbrecher im Sinne des § 211.
Verbrechen ist tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuld-
hafte Handlung¹²⁸⁾. Kann der Schuldunfähige ein Verbrechen
somit nicht begehen, kann er auch nicht Verbrecher nach
§ 211 sein, sondern allenfalls nach außerstrafrechtlicher
Wertung als Mörder bezeichnet werden. Darauf ist es ohne
Einfluß, ob die Mordmerkmale strafrechtsdogmatisch zum Un-
recht oder zur Schuld zu zählen sind. In diesem Sinne ist
Haarmann Mörder ohne Rücksicht auf die Natur der Mordmerk-
male.

Die Konstruktion der Mordmerkmale ist ebenso wie die all-
gemeine Abgrenzung von Unrecht und Schuld eine Frage des
dogmatischen Standpunktes. Die hier vertretene Auffassung
kann jedenfalls für sich in Anspruch nehmen, in der Praxis
gerechte Ergebnisse zu erzielen, ohne ihrer Linie untreu
werden zu müssen. Die Schuldnatur der Mordmerkmale erlaubt
auch eine mühelose und einleuchtende Regelung der bei den
Tötungsdelikten so sehr umstrittenen Teilnahmefragen¹²⁹⁾.

128) Zustimmend Welzel, Dt.Str. S.45

129) Darüber Näheres im 4.Kapitel der Arbeit

Drittes Kapitel

Die Tragweite der Mordmerkmale

Gegenstand nachfolgender Erörterungen ist die Beantwortung der Frage, wann die Mordmerkmale, die - wie gezeigt - dem Schuld-, nicht dem Unrechtsbereich angehören, generell vorliegen und welche Bedeutung ihnen beizumessen ist. Dabei ist zu prüfen, welche Anforderungen im konkreten Fall an die Schuld des Täters zu stellen sind, ob besondere Verwerflichkeit oder Gefährlichkeit von Tat und (oder) Täter zu fordern ist, oder ob es gar einen "Mördertyp" gibt; schließlich, ob und gegebenenfalls inwieweit die Mordmerkmale den Richter in seiner Entscheidung binden. Diese Bindung ist denkbar in zwei Richtungen: Einmal, ob § 211 immer dann angewendet werden muß, wenn eines seiner Merkmale gegeben ist, oder ob trotz Vorliegens eines der Merkmale die Kennzeichnung als **Mörder** ausgeschlossen sein kann, zum anderen, ob er auch dann angewendet werden darf, wenn zwar keiner der in ihm genannten Umstände erfüllt, die Tötung aber aus anderen Gründen besonders verwerflich ist.

I. Problematische Fälle, Stellungnahme von Rechtsprechung und Lehre zu den Problemen

1. Zu lösende Fälle

1. Fall:¹⁾

Der Angeklagte Rudolf K., 20 Jahre alt, hat am 23. Juni 1951 seinen Stiefvater, den Landwirt Michael Z., mit einem Prügel erschlagen. Er hatte, in einem Kornfeld versteckt, ihm aufgelauert. Als Z., wie erwartet, ahnungslos und wehrlos auf seiner Mähmaschine an ihm vorbeigefahren war, war er herausgesprungen und hatte ihn hinterrücks überfallen. Die Tat hatte er zuvor in allen ihren Einzelheiten mit seiner Mutter, der Angeklagten Therese Z., der Ehefrau des Michael Z., besprochen. Diese hatte auch den Tatentschluß in ihm hervorgerufen und seinen Tatwillen durch Mitplanen bestärkt.

1) BGHSt 3/183 ff. = NJW 52/1385 = LM Nr. 16 zu § 211;
Urt.v. 30.9.1952

Michael Z., ein jähzorniger, unbeherrschter, herrischer Mensch hatte die beiden Angeklagten - wie schon öfter - tags zuvor von seinem Hofe verwiesen; die Angeklagten besorgten überdies nicht ohne Grund, er werde durch den Verkauf eines größeren Teils seiner Grundstücke ihre wirtschaftliche Lebensgrundlage zerstören. Die Tat ist nach der Überzeugung des Schwurgerichts einem Gefühl der Rat- und Ausweglosigkeit, aber auch dem Willen der Angeklagten entsprungen, sich auf dem Anwesen zu behaupten und den Grundstücksverkauf um ihrer wirtschaftlichen Zukunft willen unmöglich zu machen.

2. Fall: Fall von Seite 10 dieser Arbeit.

3. Fall:²⁾

Die Eheleute J., die auch zwei gemeinsame Kinder hatten, lebten in Eintracht, bis ihr gemeinsamer Freund G. mit der Ehefrau in intime Beziehungen trat. Der ehebrecherische Umgang führte zur Feindschaft zwischen den Männern, zum Scheidungsprozeß und zur Trennung der Eheleute. Doch kehrte die Ehefrau J. auf ständiges Drängen ihres Mannes zu diesem zurück. Aber auch G. umwarb Frau J. weiter, und da diese an G. mehr Gefallen hatte als an ihrem Mann, reifte in ihr der Plan, ihren Mann aus dem Wege zu räumen, um sich ganz mit G. vereinigen zu können. G. zeigte sich diesem Plan gegenüber zunächst unentschlüssig, doch verstand es die J., den G. gefügig zu machen, so daß beide schließlich entschlossen waren, die Tat gemeinsam auszuführen. Die Ausführung der Tat geschah im Schlafzimmer der Eheleute, wohin sich G. aus der Küche begab, als die Eheleute selbst bereits zu Bett lagen. G. hockte sich neben dem Bett der Frau nieder. Frau J. flüsterte ihm zu, ihr Mann schlafe noch nicht fest, sie wolle ihm erst noch die Hände unter die Decke tun. Sie beugte sich über diesen und tat ihm mit einem fürsorglichen "schlaf schön!" die Hände unter die Bettdecke. Nachdem man zur Meinung gelangt war, daß J. schlafe, warf ihm die Frau ein Kissen über den Kopf und sprang G. zu, um J. zu würgen. Unmittelbar vor der Tatbegehung hatte zwischen G. und Frau J. ein "Liebespiel" stattgefunden, das den G. in eine starke Affektspannung versetzt hatte. Er war auch von Erbitterung, Haß und Wut darüber erfüllt, daß der Ehemann J. seine Frau wieder an sich zu ziehen verstanden hatte. Der erste Würgegriff des G. führte nicht zum Erfolg. Es gelang dem J., sich zu befreien und aus dem Bett zu springen. Es entspann sich ein harter Kampf, bei dem G. über

2) BGHSt 6/329 ff. = NJW 54/1896 = LM Nr.5 zu § 51 Abs.2. Die Sachdarstellung wurde teilweise der Besprechung von Engisch, GA 55/161 ff., entnommen. Vgl. zu diesem Fall auch Jescheck, GA 56/110; Kohlrausch-Lange, S.424; Welzel, Strafrecht, (1956) S.223.

den benommenen, überraschten und in der Dunkelheit an erfolgreicher Gegenwehr behinderten J. die Oberhand gewann. Es gelang G., den J. zu Tode zu würgen. Zwischen G.'s Eintreten in das Schlafzimmer und dem Beginn der Tat lagen etwa 8 bis 10 Minuten.

2. Die Behandlung der Probleme in der Rechtsprechung

Bevor die oberstgerichtlichen Entscheidungen vorstehender Fälle wiedergegeben werden, soll die Entwicklung der Rechtsprechung in Mordsachen in den in der Einleitung zu diesem Kapitel aufgezählten Punkten dargestellt werden.

a) Das Reichsgericht hatte nur noch selten Gelegenheit, sich mit den Problemen der Neufassung des § 211 zu befassen³⁾. In der zeitlich ersten seiner Entscheidungen hatte es ausgeführt, die Mordmerkmale seien nur "Veranschaulichungsbilder" der besonders verwerflichen Tat und hätten nach keiner Richtung abschließende Bedeutung. Ob ein solches Merkmal vorliegt, hänge davon ab, ob die Persönlichkeit des Täters dessen Annahme erforderlich erscheinen lasse und ob die Tat im ganzen als besonders verwerflich zu erachten sei. Diese anfängliche, den § 211 gefährlich aufweichende Rechtsprechung, ist bald abgeschwächt worden. Zwar hat das Reichsgericht der Persönlichkeit des Täters bei Auslegung der Mordmerkmale nach wie vor große Bedeutung beigemessen und dargelegt, daß die Tat "als Spiegelbild der inneren Gesinnung des Täters" aufzufassen sei⁴⁾, es ist aber nicht mehr ausschließlich auf die Persönlichkeit des Täters abgestellt worden. Neben der sittlichen Bewertung von Tat und Täter vom Standpunkt des "gesunden Volksempfindens" aus, sollte vorwiegend durch Auslegung der einzelnen

3) Lediglich 3 veröffentlichte Entscheidungen sind zugänglich: RG HRR 42 Nr. 608, Urt.v. 7.5.42; RGSt 76/297 ff., Urt.v. 27.7.42; RGSt 77/41 ff., Urt.v. 7.5.43

4) RGSt 77/43

M e r k m a l e d e s § 211 Abs.2 bestimmt werden, ob der Täter Mörder oder Totschläger ist. Im Rahmen der Auslegung der einzelnen Merkmale dürfe die Persönlichkeit des Täters gewürdigt werden⁵⁾.

Mit dieser Rechtsprechung hat das Reichsgericht die tatbestandliche Natur der Mordmerkmale anerkannt. Der anfänglich verfehlte Ansatz war überholt.

b) Bedingt durch die Nachkriegswirren hatte insbesondere der O b e r s t e G e r i c h t s h o f f ü r d i e B r i t i s c h e Z o n e (OGH Br Z) häufig Veranlassung, sich mit den Tötungstatbeständen zu befassen. Aus dieser Zeit liegt deshalb eine umfangreiche Judikatur vor.

Der OGH hat es mit wechselnden Formulierungen stets abgelehnt, für die Anwendung des § 211 ein allgemeines Mordmerkmal der besonderen Verwerflichkeit zur Voraussetzung zu machen. Liege eines der Merkmale des § 211 Abs.2 vor, so sei der Täter Mörder. Zwar verlangten die Merkmale, soweit ihr Gedankeninhalt es erlaube, bei Prüfung ihres Vorliegens immer auch eine Würdigung der Täterpersönlichkeit und (oder) der Tat. Es gehe aber nicht an, mit Hilfe des Begriffs der besonderen Verwerflichkeit den Mordtatbestand zu einer dem Richter lediglich die Richtungweisenden Generalklausel zu machen, auch dann nicht, wenn diese Auslegung im Einzelfall nur eine gmilderte strafrechtliche Beurteilung bewirken könne. Weniger schwere Tötungen ließen sich besser durch entsprechende Auslegung der einzelnen Mordmerkmale erfassen⁶⁾.

Die Existenz eines wie auch immer gearteten Tätertyps des Mörders wird abgelehnt.

Die dargestellte Grundlinie der Rechtsprechung des OGH hat dazu geführt, daß durch Auslegung der einzelnen Mordmerkmale dem grundsätzlich abgelehnten Gedanken von der besonderen

5) RGSt 76/299

6) So OGHSt 1/74 ff. (77/78); ähnlich 1/81 ff.; 1/87 ff., 2/389 ff.

Verwerflichkeit als ungeschriebenes Mordmerkmal aus rechtspolitischen Gründen Rechnung getragen wurde. Besonders gut läßt sich dies an dem Merkmal der Heimtücke zeigen⁷⁾.

Heimtückisch handelt der die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ausnützende Täter. In OGHSt 1/327 wird ausgeführt, daß zum Bild der heimtückischen Tötung auch gehöre, "daß der Täter von einem besonders verwerflichen Beweggrund geleitet ist", deshalb brauche die barmherzige Tötung⁸⁾ nicht heimtückisch zu sein, auch wenn alle sonstigen Voraussetzungen der Heimtücke gegeben seien. Das Ergebnis dieser Ausführungen ist, daß die Tat nur dann heimtückisch ist, wenn sie im ganzen wegen des Beweggrundes des Täters als besonders verwerflich erscheint⁹⁾.

In einer späteren Entscheidung¹⁰⁾ hat der OGH diesen Standpunkt nominell aufgegeben und ausgesprochen, daß zur heimtückischen Tötung das Ausnützen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers genüge und ein besonders verwerflicher Beweggrund nicht erforderlich sei. Doch in dieser Entscheidung wird für die heimtückische Tötungshandlung Verschlagenheit und Tücke von seiten des Täters gefordert, da die Einstellung zur Tat in einem solchen Maße verwerflich sein müsse, "wie es der Tatbestand des Mordes gegenüber dem Totschlag verlangt". In dieser Formulierung klingt wieder der Gedanke an, daß der Mord a l s g a n z e r im Verhältnis zum Totschlag besonders verwerflich sein müsse. Alle Entscheidungen des OGH kreisen um die besondere Verwerflichkeit, ob sie nun im Einzelfall in einem bestimmten Merkmal oder in der ganzen Tat gesucht wird. Nach dieser Rechtsprechung

7) Die in der Praxis verhältnismäßig häufige heimtückische Tötung bereitete den Gerichten stets die größten Schwierigkeiten, da sich unter den Begriff "heimtückische Tötung" Fälle mit verschiedenstem Schweregrad subsumieren lassen.

8) Beispiel: Ein Arzt tötet seinen dem Tode geweihten, von Schmerzen gepeinigten Patienten durch eine erlösende Injektion, während dieser schläft. Der Arzt glaubte, die Qualen nicht mehr länger mit ansehen zu können und zum Besten des Todkranken zu handeln.

9) Ähnlich OGHSt 1/87,90; 2/178: die Ausnützung der Wehrlosigkeit muß mit List, Falschheit oder Berechnung erfolgen.

ist es - was zu begrüßen ist - schwer vorstellbar, daß ein besonders verwerflicher Fall als Totschlag behandelt und ein Fall mit geringer Verwerflichkeit als Mord angesehen werden könnte. Stets scheint sich in dem einen Fall ein Mordmerkmal zu finden, und in dem anderen scheint es sich aus irgendwelchen Gründen, die - ob expressis verbis oder nicht - an der besonderen Verwerflichkeit gemessen werden, verneinen zu lassen.

c) Im wesentlichen hat der B u n d e s g e r i c h t s - h o f an diese zu billigende Rechtsprechung des OGH angeknüpft. Er hat aber auch - man könnte sagen - Exzesse begangen. Besonders deutlich zeigt sich dies in der Entscheidung zu obigem Fall 3. Zur Erläuterung der Rechtsprechung des BGH sollen zunächst die Entscheidungen zu den drei Fällen besprochen werden.

Im 1. Fall hat das Schwurgericht (Augsburg) die Angeklagten wegen gemeinschaftlichen Totschlags verurteilt. Der BGH hat das Urteil mit der Begründung aufgehoben, daß zu Unrecht Mord (Heimtücke) verneint worden sei. Zum Begriff der Heimtücke gehöre nur, daß sich der Täter der Arg- und Wehrlosigkeit des Angegriffenen zur Zeit der Tat bewußt gewesen sei und sie ausgenützt habe. Die heimtückische Tatausführung werde nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Täter aus nicht besonders verwerflichen, vielleicht menschlich sogar noch begreiflichen Beweggründen zu seinem Verbrechen gelangt sei. Die heimtückische Tötung erfordere insbesondere nicht einen niedrigen Beweggrund¹¹⁾.

Diese Argumentation besagt, daß der Täter schon immer dann Meuchelmörder ist, wenn er die äußeren zur Heimtücke (nach BGH Merkmal des Unrechtstatbestandes) gehörigen Umstände in seinen Vorsatz einbezogen hat.

Die strikte Durchführung dieses Grundsatzes würde bisweilen zu unvollziehbaren Ergebnissen führen. Dies hat der BGH

10) OGHSt 2/389, 391

11) BGHSt 3/183 ff.

alsbald erkannt, wie sich in der Entscheidung zu Fall 2 zeigt. In ihr kehrt der BGH zur älteren Rechtsprechung des OGH zurück und läßt das Bewußtsein des Täters, die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers auszunützen, für den Begriff der Heimtücke nicht genügen¹²⁾.

Einleitend in seiner Entscheidung zu Fall 2 bemerkt der Große Senat für Strafsachen, daß die Gesetz gewordene Fassung des § 211 kein besonders verwerfliches Handeln als allgemeinen Oberbegriff des Mordes aufstelle. Auch stellten die Beweggründe und Ausführungsarten der Tötung nicht nur Regelfälle des Mordes dar, sie charakterisierten diesen vielmehr bindend und abschließend. Die Entscheidung, ob Mord oder Totschlag vorliege, dürfe nicht von einer richterlichen Wertung des Gesamtbildes der Tat abhängen. Ist ein Tatbestandsmerkmal erfüllt, so habe der Richter nicht noch zu prüfen, ob die Tat im ganzen besonders verwerflich sei. Eine solche Prüfung würde die Rechtsprechung zu unsicher und ungleichmäßig machen. Sogar beim BGH finde ein Senat die Tötung besonders verwerflich, der andere nicht. Ein allgemeines Werturteil, das selbst innerhalb eines Gerichts so verschieden ausfalle, sei für die Rechtsprechung kein brauchbares Kennzeichen, an dem sie Mord vom Totschlag unterscheiden könne. Die Rechtseinheit würde gefährdet, die Strafrechtspflege in Mordsachen erschwert und der strafrechtliche Schutz des Lebens beeinträchtigt werden¹³⁾. Der Begriff "heimtückisch" hätte nach dem allgemeinen Sprachgebrauch jedoch eine feindliche Willensrichtung des Täters gegen das Opfer zum Inhalt, deshalb habe A. im vorliegenden Falle nicht heimtückisch gehandelt. Er habe geglaubt, zum Besten seiner Familie zu handeln. Mord komme für ihn deshalb

12) Vgl. einerseits OGHSt 1/327, andererseits BGHSt 9/385 ff.

13) Die letzteren Gedanken werden vom Großen Senat ausdrücklich noch einmal umrissen in
NJW 59/309 = MDR 58/438

nicht in Betracht¹⁴⁾.

In der Entscheidung zu Fall 2 läßt der BGH somit nicht mehr den bloßen sich auf die äußeren, die Heimtücke konstituierenden Tatsachen erstreckenden Vorsatz genügen, sondern fordert ein zusätzliches Moment, das er durch eine Wertung der Willensrichtung des Täters findet. Ob als Korrektiv das Element der "feindlichen Willensrichtung" ausreichend und erforderlich ist, wird noch zu prüfen sein. Mir will scheinen, daß jeder Mörder seinem Opfer feindlich gesinnt ist, auch dann, wenn er glaubt, daß diese nach dem Leben trachtende Willensrichtung dem Opfer "zum Besten" gereiche.

Ein unbilliges Ergebnis erzielt der BGH in seiner Entscheidung zu Fall 3. Er führt aus, der Angeklagte G. könne nicht wegen Mordes verurteilt werden, da er durch das vor der Tat betriebene Liebesspiel mit Frau J. in eine Affektspannung geraten sei, die ihm seine niedrigen Beweggründe und die heimtückische Art seiner Tatausführung nicht habe bewußt werden lassen. Daran ändere nichts, daß er den Affektzustand schuldhaft herbeigeführt habe. "Die Merkmale der Heimtücke und der niedrigen Beweggründe müssen im Bewußtsein des Täters im Zeitpunkt der tatbestandsmäßigen Ausführung des Verbrechens vorhanden sein. Der Täter muß ... ihre Bedeutung für die Tat erfaßt haben. Es genügt nicht, daß er sich ihrer bei der Planung bewußt war".

Ein Vergleich der drei Fälle und ihrer Entscheidungen durch den BGH zeigt, daß Fall 1 und insbesondere Fall 3 lebensfremd, gegen das Gerechtigkeitsgefühl entschieden sind.

14) Auf Grund dieser Ausführungen wirft Busch, Kittler-Festschrift S.295, dem BGH vor, daß er bei einer derartigen Auslegung des Begriffs der Heimtücke praktisch noch den Einzelfall der Tötung an dem von ihm abgelehnten Maßstab der besonderen Verwerflichkeit messe und danach bestimme, wann Mord oder Totschlag anzunehmen sei. Die Ausführungen machten deutlich, daß die Bewertung der Tat an die Gesinnung des Täters anzuknüpfen habe.

Vornehmliche Aufgabe der Rechtsprechung in Strafsachen ist es, gerechte und auch dem Laien einleuchtende Ergebnisse zu erzielen. Strafrechtstheoretische Konstruktionen sollten dort überprüft werden, wo sie unbillige Ergebnisse zur Folge haben. In dem einen Fall ist K. Mörder, obgleich seine Tat zwar nicht entschuldbar, menschlich aber immerhin noch verständlich ist. In dem anderen Fall rettet gerade der Umstand, daß der Liebhaber vor der Tat durch Handlungen, die man gemeinhin als Ehebruch bezeichnet, in Erregung geraten ist, den Täter vor der Verurteilung wegen Mordes. "Durch das ehebrecherische Vorspiel, das die Tat doch höchstens gemeiner macht, sollen Niedrigkeit und Heimtücke gleichsam abgewaschen und geheilt sein. Der Täter, der eigenen Niedrigkeit uneingedenk, hat den Mordplan zwar äußerlich ausgeführt, aber innerlich vergessen"¹⁵⁾.

Die in Fall 1 vom BGH gegebene Begriffsbestimmung der Heimtücke wird in seiner Entscheidung zu Fall 2 um ein Merkmal erweitert, daß den dort abgelehnten Maßstab der besonderen Verwerflichkeit wenigstens für den bestimmten Fall, daß der Täter "zum Besten" des Opfers habe handeln wollen, in den Tatbestand einführt. Für diesen einen Fall schließt er die "feindliche Willensrichtung" aus, während er alle anderen Fälle heimtückischer Tötung als besonders verwerflich ansieht. Nach dieser Rechtsprechung ist Tell Mörder, der bei seinem aus dem Hinterhalt abgegebenen tödlichen Schuß auf den Landvogt gewiß nicht zu dessen "Bestem" handeln wollte. Überhaupt scheint, wie oben angedeutet, mit der "feindlichen Willensrichtung" des Mörders für die Auslegung der Heimtücke kein wirksames Korrektiv gefunden zu sein. Es muß ein anderer Maßstab gesucht werden, mit dessen Hilfe hier ausgleichend eingegriffen werden kann.

15) Priv.Do. Dr.G.Krauss in einem Zeitungsartikel,
zit. nach Engisch, GA 55/165

Fall 2 ist zwar gerecht entschieden, die Tat erreicht nicht den für den Mord gegenüber dem Totschlag geforderten besonderen Verwerflichkeitsgrad, aber der an sich einzig gangbare Weg, durch Auslegung der einzelnen Merkmale helfend einzugreifen, reicht, wie die Entscheidung zu Fall 3 zeigt, nicht aus, wenn man auf der Auffassung beharrt, daß es sich bei den Mordmerkmalen um Unrechtsmerkmale handele. Betrachtet man sie als Schuldmerkmale, können durch Auslegung leichter gerechte Ergebnisse erzielt werden, denn die Schuld des Täters unterliegt einer differenzierteren Betrachtungsweise durch den Richter als das tatbestandliche Unrecht. Vor allem aber gilt es, die Forderung zu vermeiden, daß der Vorsatz des Täters zum Zeitpunkt der Tat die die Mordmerkmale konstituierenden Tatsachen umfassen muß. Hätte der BGH in Fall 3 nicht zur gleichen Entscheidung kommen müssen, wenn die Täter vor der Tat das "Liebesspiel" gerade deswegen betrieben hätten, die letzten Tathemmnisse zu beseitigen und die besondere Verwerflichkeit gleichsam absichtlich zu vergessen? Eindringlicher läßt sich wohl kaum zeigen, daß nicht gefordert werden darf, daß die Mordmerkmale zum Zeitpunkt der Tat im Bewußtsein des Täters widergespiegelt werden.

Die Lehre vom Tätertyp des Mörders lehnt auch der BGH ab¹⁶⁾. Eine allgemeine Würdigung der Täterpersönlichkeit läßt er zu¹⁷⁾. Sie dürfe jedoch nicht dazu führen, ein an sich vorliegendes Merkmal allein wegen der Persönlichkeit des Täters zu ignorieren¹⁸⁾. Der 1. Strafsenat hat zur Frage der Persönlichkeitswürdigung grundsätzlich ausgeführt, daß sie bei allen Mordmerkmalen vorgenommen werden dürfe und bei vielen sogar vorgenommen werden müsse, weil ihr begrifflicher Inhalt ohne Würdigung der Täterpersönlichkeit oft nicht voll zu erfassen sei. In der Regel trete

16) BGHSt 2/60 ff.

17) BGHSt 3/180; 3/330 ff.; LM § 211 Nr.25

18) BGH NJW 51/204

sie bei den Tatbegehungsmerkmalen stark zurück und beschränke sich auf die Frage nach der Kenntnis und dem Willen der äußeren Tatmerkmale. Bei den nach den Beweggründen bestimmten Fällen des Mordes stehe sie gemäß deren Eigenart im Vordergrund. Bei der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln und zur Verdeckung oder Ermöglichung einer anderen Straftat wiederum könne sie kaum von Bedeutung sein¹⁹⁾.

Zusammenfassend läßt sich über die Auffassung der Rechtsprechung zu unseren Problemen sagen: Ein ungeschriebenes Mordmerkmal der besonderen Verwerflichkeit von Tat oder Täter wird abgelehnt. In beschränktem Umfang ist Persönlichkeitswürdigung statthaft, aber ohne Einfluß auf die bindende Wirkung der Mordmerkmale. Es gibt keine typischen Mörder.

3. Der heutige Stand der Meinungen in der Literatur

Die Mehrzahl aller Schriftsteller fordert ein ungeschriebenes Mordmerkmal der besonderen Verwerflichkeit, an welchem gemessen werden müsse, ob Mord oder Totschlag anzunehmen sei. Allerdings dürfe der Mordtatbestand nicht "nach oben hin" erweitert werden, d.h. daß nur in den vom Gesetz bezeichneten Fällen Mord angenommen werden dürfe und nicht auch in sonstigen Fällen, die eine besonders verwerfliche Gesinnung oder besondere Gefährlichkeit des Täters erkennen ließen.

Entscheidend ist nach diesen Auffassungen, "ob unter Berücksichtigung der Gesamtpersönlichkeit und aller Umstände der Tat die Tötung als besonders verwerflich anzusehen ist"²⁰⁾. "Die besondere Verwerflichkeit wird vom Gesetz vorausgesetzt und steht als ungeschriebenes Merkmal kontrollierend hinter den Strafschärfungsgründen"²¹⁾.

19) BGHSt 3/330 ff.

20) Schönke, NJW 50/237 ff.

21) Schaefer, LK, § 211 Anm. I 3 c

Das Merkmal der besonderen Verwerflichkeit ergebe sich aus dem Zweck und der Geschichte der Vorschrift. Art.99 des schweizerischen Entwurfs von 1918 sei das Vorbild. Danach sollte die hervorragend schlechte Persönlichkeit ausgeschaltet werden. Es müsse also gefragt werden, ob diese Tat die schwerste Strafe verdiene. Diese Entscheidung lasse sich nur durch eine Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters treffen. Das gelte vor allem auch bei den gemeingefährlichen Mitteln und bei der Tötung zur Verdeckung und Ermöglichung einer anderen Straftat. In einer solchen Gesamtwürdigung liege kein Verstoß gegen den Grundsatz nulla poena sine lege, weil nur eine mildere Beurteilung in Frage komme.

Welche Fälle blieben für den Totschlag noch übrig, wird gefragt²²⁾, wenn alle Tötungen unter den Umständen des § 211 Mord seien. Es würden sich kaum Fälle denken lassen, in denen die höchste Strafe als angemessen erscheint und die nicht unter einen der Umstände des § 211 Abs.2 zu subsumieren wären. Sei beispielsweise jede Tötung mit niedrigem Beweggrund Mord, so würden nur noch die Fälle Totschlag sein, in denen der Täter nicht aus niedrigen, d.h. also aus verständlichen und damit unter mildernden Umständen getötet hat. Von diesen Fällen sei der wichtigste in § 213 schon geregelt, so daß § 212 ausgehöhlt und kaum noch praktisch von Bedeutung sei. Fordere man keine besondere Verwerflichkeit, so seien besonders bei den Merkmalen der 3. Gruppe keine gerechten Entscheidungen zu erzielen. Zum Beispiel könne der Selbsterhaltungstrieb des entdeckten und gestellten Täters bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt werden. Ebenso sei bei der Tötung des erpresserischen Mitwissers keine Strafmilderung möglich. Trotz der Gefahr der Aufweichung des Tatbestandes sei daher um der Gerechtigkeit willen ein Korrektiv erforderlich, das in der Persönlichkeitswürdigung nach dem Gesichtspunkt der besonderen Verwerflichkeit gefunden werden könne²³⁾.

22) Schröder, JZ 52/526

Die Gegner dieser Auffassungen führen an, daß mit der Forderung nach Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Täters der Tätertyp eines Mörders praktisch eingeführt werde²⁴⁾. Könne der Richter nach freiem Ermessen bestimmen, wer seiner Gesamtpersönlichkeit nach die schwerste Strafe verdiene, so sei er damit über das Gesetz gestellt und im Grunde seien die Probleme des Mordes gesetzlich ungelöst. Der Täter könne geltend machen, er sei nicht der Typ des Mörders oder er sei sich mindestens der Umstände nicht bewußt gewesen, auf Grund deren der Richter die Tätertypeigenschaft bejaht, ohne daß dies widerlegt werden könnte. Damit würde der Anwendungsbereich des § 211 untraglich eingeschränkt werden. Die Erfahrung zeige, daß die meisten Menschen ihre Gesamtpersönlichkeit weit zu optimistisch beurteilten. Sehe man aber von dem letzten Erfordernis ab - etwa analog der Rechtsprechung über der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher, der diese Eigenschaft nach Ansicht des Reichsgerichts nicht zu kennen braucht (RGSt 68/389) -, so würde der Grundsatz der Schuldhaftung durch -

23) Dreher, MDR 56/500; nach Welzel, Strafrecht, S.236, unterliegen alle qualifizierenden Momente der Grundidee des Mordes, da sich aus ihnen die besondere Verwerflichkeit der Gesinnung oder die Gefährlichkeit des Täters ergeben müsse; Kohlrausch-Lange, § 211 Anm.IV, will die innere Einstellung und Gesinnung des Täters entscheiden lassen, weil die Tatschuld zur Tat-Täterschuld vertieft werden müsse, die ihre Wurzeln in der Persönlichkeit des Täters habe; ebenso Lange, JR 49/165 ff. Weitere Vertreter des Gedankens der besonderen Verwerflichkeit: Busch, Rittler-Festschrift, S.288; Claß, NJW 49/83 ff.; Dahm, DR 42/404; Freisler, DJ 41/934; Gleispach, Das kommende deutsche Strafrecht, BT, S.373 (für den Entwurf, der die Worte "in der Regel ..." vor "Mörder" eingeschoben hatte); Heigitz, F.f.d. jur. Fak, der Freien Universität Berlin, S.115 ff. (Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Täters); Mezger, StudB. BT, S.18 ("besondere Verwerflichkeit wird von Gesetz stillschweigend vorausgesetzt"); Schlosky, Dt.StrR, 1943/142 ff. 150; Eb.Schmidt, DRZ 49/241,245; Schönke-Schröder, S.743/44; Schwarz, 20.Aufl., 1957, S.474 (nur besondere Verwerflichkeit der Tat, nicht des Täters).

24) Stock, SJZ 47/530

brochen werden. Von einer Würdigung der Gesamtpersönlichkeit könne daher nicht abhängen, ob der Täter Mörder oder Totschläger sei²⁵⁾.

Ein ungeschriebenes Mordmerkmal der besonderen Verwerflichkeit dürfe nicht als Tatbestandsmerkmal subintelligiert werden²⁶⁾, sondern könne höchstens bei Auslegung der einzelnen Merkmale des § 211 Abs.2 als rechtspolitisches Leitbild, als Oberbegriff, Verwendung finden²⁷⁾. Zur Begründung werden die gleichen Erwägungen angestellt, wie dies der BGH in seinen zitierten Entscheidungen tut. Die geschichtliche Entwicklung, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung, die Garantiefunktion der gesetzlichen Vorschriften sprächen gegen ein solches ungeschriebenes Mordmerkmal.

Eine Sondermeinung vertritt insofern M a u r a c h²⁸⁾: Ein nach § 213 entlastend wirkender Umstand schließe die qualifizierende Wirkung des § 211 aus ("Sperrwirkung des mildernden Tatbestandes"). Die Ausschaltung vollziehe sich schon auf tatbestandlicher Ebene und nicht erst durch Gesamtwürdigung der Persönlichkeit oder dadurch, daß die besondere Verwerflichkeit verneint werde. Es erweise sich schon die sachliche Unvereinbarkeit niedriger Motive oder

25) Englisch, GA 55/166, sieht den Grundgedanken des Mordes darin, daß sich in ihm "eine besonders verwerfliche Gesinnung und eine besonders nichtswürdige Täterpersönlichkeit offenbart"; Jagusch, SJZ 49/325, will das gesamte "Tat- und Täterbild" würdigen, einen allgemeinen Mordtyp lehnt er ab; Maurach, BT S.27: "Die Würdigung der Gesamtpersönlichkeit führt in äußerster Konsequenz zum Täterstrafrecht zurück"; ebenso Schwarz, aaO., S.473; Schäfer bei Dalcke, 36.Aufl., A 2 zu § 211, fordert Persönlichkeitswürdigung bei Feststellung der einzelnen Merkmale im Rahmen der Tat.

26) Englisch, GA 55/166; Hartung, SJZ 49/69; Sauer, System, BT S.529; Sax, ZStW 64/393; Schwalm, MDR 58/396 ff.

27) Jagusch, SJZ 49/325

28) BT, S.26/27

verwerflicher Handlungsweisen mit den privilegierenden Verhältnissen des § 213. Damit ist offenbar gesagt, daß die Tat besonders verwerflich ist, sobald eines der Mordmerkmale vorliegt, anderenfalls könne ein solches Merkmal schon tatbestandlich nicht angenommen werden.

II. Täterpersönlichkeitswürdigung und besondere Verwerflichkeit von Tat und Täter

1. Die Bedeutung der Gesamtpersönlichkeit des Täters für die Anwendbarkeit des § 211

a) Die Tendenz der Neufassung des § 211 durch das Gesetz vom 4.9.1941

"Es steht außer Zweifel, daß § 211 n.F. seinerzeit einen Versuchsballon darstellte, der die Reaktion von Praxis und Lehre auf die Einführung des normativen Tätertyps des Mörders registrieren sollte"²⁹⁾. Aus dieser Tendenz heraus ist zu verstehen, daß § 211 den "Mörder", § 212 den "Totschläger" bestraft. In der amtlichen Begründung wird dazu lediglich gesagt, daß die im Gesetz verwendeten Ausdrücke "Mörder" und "Totschläger" den Richter anweisen, "die Gesamtpersönlichkeit des Täters zu prüfen und zu würdigen". Entscheidend sei die Gesinnung, aus der die Tat entstanden sei³⁰⁾.

29) So Maurach, BT, S.26

30) DJ 41/934 ff., 935. Freisler führt an gleicher Stelle in der Begründung zu Ziffer 58 der ns. Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, S.934, Sp.2, aus: "Abs.2 ist eine Veranschaulichung des Abs.1. Er umreißt diesen aber nicht abschließend; ist nicht eine Legaldefinition mit völligem Ausschließlichkeitsanspruch. Er verbietet nicht, in einem besonderen Einzelfall auf Grund der Prüfung, Betrachtung und Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Täters zu sagen, daß dieser - etwa trotz niedriger Beweggründe - gleichwohl kein Mörder, sondern ein Totschläger ist ..." S.935: "... und er sagt auch nicht, daß nur derjenige, der gerade in eine der drei heraus-

Diese vom Gesetzgeber gewollte Auslegung kann heute nicht mehr maßgeblich sein³¹⁾. Unser Staatswesen ist seit Erlaß dieses Gesetzes auf neue, rechtsstaatliche Grundlagen gestellt worden. Die damals verfolgten ns. strafrechtlichen Tendenzen haben als überwunden zu gelten. Noch während der ns. Zeit hat sich gezeigt, daß Wissenschaft und Rechtsprechung der vom Gesetzgeber gewünschten Auslegung nicht gefolgt sind³²⁾. Nur manche haben mit dieser Gesetzesformulierung einen Übergang vom Tat- zum Täterstrafrecht mitgemacht³³⁾. Lange³⁴⁾ will in der neuen Gesetzesfassung einen Übergang von der Tat- zur Tat-Täterschuld sehen, eine "inzwischen auch ethisch fundierte Vertiefung der Tat- zur Täterschuld".

Es ist zu fragen: Was würden die Konsequenzen der vom Gesetzgeber gewünschten Auslegung des § 211 sein? Ist eine solche Auslegung mit unseren heutigen Anschauungen vereinbar? Wie nur kann die - an sich wünschenswerte - Vertiefung der Tat- zur Tat-Täterschuld vollzogen werden? Inwieweit spielt dabei die Gesamtpersönlichkeit des Täters eine Rolle?

gehobenen Gruppen des Abs.1 gehört, Mörder, jeder andere unbedingt nur Totschläger ist". In diesen Ausführungen zeigt sich, daß der ns. Gesetzgeber den § 211 nur als Richtschnur für die Kennzeichnung als Mörder verstanden wissen wollte. Den Worten "Mörder" und "Totschläger" wurde vom Gesetzgeber eine übertatbestandliche Bedeutung beigemessen. § 211 war damit zur bloßen Generalklausel degradiert.

- 31) Über anzuwendende juristische Auslegungsmethoden vgl. Engisch, Einführung in das juristische Denken, aaO., S.85 ff., 95 und S.200 Anm.105, sowie die dort Angeführten
- 32) Nagler, DRW 42/151; Schlosky, DStrR. 43/142 ff., 143; Schwarz, ZdAKfdRecht 42/209; RGSt 76/297; 77/43
- 33) So Dahm, DR 42/404; Gallas, ZStW 60/393; Mittelbach, DR 42/426; Nüse, DJ 41/357; Schmidt-Leichner, DR 41/2147
- 34) JR 49/165 ff., 170, Anm.41

b) Die Lehre vom normativen Tätertyp

Die Lehre vom normativen (tatbestandlichen) Tätertyp besagt, "daß es gesetzliche Tatbestände gebe, die durch die Vorstellung eines dem Gesetz zugrunde liegenden, der Lebenswirklichkeit entnommenen Täterbild geprägt seien"³⁵⁾. Auf den Mordtatbestand übertragen heißt das, daß Mörder nur sein kann, wer der Vorstellung des dem § 211 zugrundeliegenden Täterbildes entspricht.

Dagegen ergeben sich zwei grundsätzliche Einwendungen. Erstens ist diese Lehre deshalb undurchführbar, weil sie die Anwendung der Tatbestände ungebührlich einschränken würde. Der Täter könnte, wie oben bereits angedeutet, gegen seine Verurteilung einwenden, nicht dem Täterbild des Mörders zu entsprechen oder sich der Umstände nicht bewußt gewesen zu sein, die den Richter veranlaßten, ihn in dieses Täterbild einzuordnen, ohne daß das widerlegt werden könnte³⁶⁾. Die exakte Funktion unserer Straftatbestände würde in Frage gestellt sein, sie müßten zu "Täterbeständen" umgebildet werden. Damit wäre das Rechtsstaatsprinzip erschüttert. Zweitens gibt es keinen normativen Typ des Mörders. Der typische Mörder und damit das Täterbild, das dem § 211 zugrundeliegen könnte, sind noch nicht entdeckt³⁷⁾. Der

35) Dahm, Deutsches Recht, Stuttgart u. Köln 1951, S. 613, Anm. 2. Diese Lehre wurde entwickelt von Dahm, Der Tätertyp im Strafrecht, Leipziger rechtswiss. Studien, Heft 174 (1940)

36) Stock, SJZ 47/530

37) Wohl mag das Volk sich gerne unter einem Mörder einen blutdürstigen Wüterich vorstellen, wie Hellm. Mayer, Strafrecht, S. 66, meint; aber gerade einem solchen Typ würde § 211 nicht entsprechen, wenn man sich die einzelnen qualifizierenden Merkmale vor Augen hält. Auch Engisch, Einführung, S. 99, wo von einem typischen "Mörder" die Rede ist, dürfte nicht dem tatbestandlichen Tätertyp Anerkennung verschaffen, sondern sich auf diese vielleicht im Volke herrschende Vorstellung beziehen wollen.

Gedanke des normativen Tätertyps, seinerzeit zur Einschränkung der uferlosen Tatbestände des Kriegsstrafrechts erfunden, hat auf die Anwendbarkeit überlieferter Tatbestände des StGB niemals Einfluß gewinnen können und ist heute überwunden³⁸⁾.

Es ist festzustellen: Eine Persönlichkeitswürdigung kann sich nicht darauf beziehen, ob der Täter einem "Täterbild des Mörders" bei seiner Tat gerecht geworden ist. Es gibt keinen normativen Tätertyp des Mörders.

c) Die Lehre vom individuellen (kriminologischen)
Tätertyp

Die Lehre vom individuellen Tätertyp besagt, daß der Täter nicht zu bestrafen sei für das, was er getan hat, sondern für das, was er ist (bzw. geworden ist). Das Straf-übel treffe den Täter nicht für sein So-Tun, sondern für sein So-Sein³⁹⁾.

Nun ist bisher niemand soweit gegangen, die Bestrafung eines "bösen Menschen" schlechthin zu fordern, was dem Gedanken der Spezialprävention im Strafrecht zum Siege verhelfen und den Schuldgedanken auslöschen würde, sondern es ist immer daran festgehalten worden, daß der Anlaß der Bestrafung immer noch die Tat sein müsse. Wenn der Täter aber die Tat begangen habe, dann solle die Persönlichkeit in ihrer Totalität aufs Korn genommen und einer

38) Bockelmann, Gutachten, S.29; Engisch, ZStW 66/339 ff., 355; Gallas, ZStW 60/374 ff., 387 und Gutachten, 121 ff., 142 ("... im Bereich der strafrechtsdogmatischen Fragen kann die Forderung nach einem 'Täterstrafrecht' vielmehr nur noch im Sinne der Subjektivierung des Tatstrafrechts Aktualität besitzen") Hårdwig, ZStW 66/24; Maurach, AT, S.36 ff., 199 ff.; Hellm.Mayer, Strafrecht, S.61, 65/66. Ebenfalls kritisch: Heinitz, ZStW 63/57 ff., 72; Lange, ZStW 61/194 ff.; Mezger, Lehrbuch, S.274 ff.; Spindel, ZStW 65/529 ff.; Welzel, Strafrecht, S.102 und ZStW 60/428 ff.; vgl. ferner die in Anm.23 und 25 Genannten und die in Anm.3,6,16 zit. Rechtsprechung.

39) Gallas, ZStW 60/374

Behandlung unterzogen werden. Die Begehung des Verbrechens soll lediglich noch Indiz für die strafwürdige Persönlichkeit des Täters sein⁴⁰⁾.

Diese Lehre hat einen richtigen Kern. Unser Gesetz kennt Straftatbestände, die einen solchen Verbrechertyp voraussetzen. Welche im einzelnen dazu zu rechnen sind, ist umstritten, sicher wird man sagen können, daß der Zuhälter (§ 181 a) einen solchen Typ darstellt⁴¹⁾. Strafgrund ist bei diesen Tatbeständen weniger die einzelne Tat, wie z.B. die Annahme von Geld durch den Zuhälter, sondern die "besonders geartete soziale Lebensführung des Täters" ist tatbestandskonstitutiv oder strafscharfend, sie ergibt den Tätertyp⁴²⁾.

Es kann als evident bezeichnet werden, daß der Mörder kein solcher kriminologischer Typ zu sein braucht, um nach § 211 bestraft werden zu können. Unser Strafrecht ist Tatstrafrecht. Es genügt daher in der Regel die einmalige Begehung der Tat. In Wahrheit gehören auch diejenigen Elemente jener Vorschriften, auf Grund deren die Tätertypeneigenschaft als vorliegend erachtet wird, zum Tatbestand, wie etwa das gewohnheitsmäßige Handeln beim Zuhälter, und es handelt sich deshalb auch dort weniger um Täter als vielmehr um Tattypen. Ein solches Element ist in § 211 nicht ersichtlich. Es mag den notorischen Mörder geben (Tötung "aus Mordlust"), die Kriminalgeschichte kennt Beispiele dafür, das ist aber für die Anwendbarkeit des § 211 nicht von Bedeutung. In dieser Richtung braucht die Persönlichkeit des Mörders nicht geprüft zu werden.

40) Vgl. Gallas, aaO. u. Engisch, ZStW 66/354

41) RGSt 73/184; BGH LM Nr.4 zu § 181 a; wohl auch der Landstreicher, der Bettler und evtl. der gef. Gewohnheitsverbrecher

42) Maurach, AT., S.201

d) Die Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Täters

Die beiden wichtigsten Fälle einer Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Täters sind bereits ausgeschieden. In welche Richtung könnte sich eine solche Würdigung noch erstrecken?

Mord ist gegeben, wenn der Täter sittlich besonders verwerflich getötet hat. Daraus könnte folgen, daß die Anwendbarkeit des § 211 die "Gesamtkennzeichnung des Täters als moralisch minderwertig" voraussetzt⁴³⁾. Ein solches Urteil ließe sich nur mit Hilfe einer Wertung der gesamten Persönlichkeit des Täters finden. Die Würdigung müßte über die von BGHSt 3/330 ff. geforderte, der sie nur zuläßt, soweit sich die Persönlichkeit in der Tat geoffenbart hat⁴⁴⁾, hinausgehen und sich auf den ganzen Menschen, sein Vorleben, seine bisherige Bewährung innerhalb der Gesellschaftsordnung usw., erstrecken und vom Ergebnis einer solchen Prüfung die Anwendbarkeit des § 211 abhängig machen.

Dagegen sprechen zunächst alle Gründe, die gegen die Lehre von den typischen Mördern vorgebracht worden sind, denn hier würde der Täter nicht eigentlich wegen seiner Tat, sondern wegen seiner "moralisch minderwertigen Persönlichkeit" bestraft werden. Das widerspricht rechtsstaatlichen Grundsätzen und unserem Tatstrafrecht. Die Erfüllung der Forderung nach Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Täters würde den tatbestandlichen Tätertyp unter neuer Bezeichnung wieder einführen. Daß dabei nicht mehr auf ein "der Lebenswirklichkeit entnommenes Täterbild" abgestellt werden soll, macht die Würdigung der Gesamtpersönlichkeit nicht schmackhafter. Im Gegenteil wird damit dem Richter auch der letzte "reale" Anhaltspunkt genommen. Der Täter ist allein dem Werturteil des Richters über seine Person ausgeliefert. Damit sprechen auch die von OGHSt 1/77 ange-

43) Kohlrausch-Lange, § 211 Anm. III 6

44) Näheres siehe Text nach Anm. 18

fürhten Gründe gegen eine solche Auslegung des Mordtatbestandes.

Außerdem stehen einer Würdigung der Gesamtpersönlichkeit nichtjuristische Hindernisse im Wege. Um die Persönlichkeit eines Täters so gründlich zu erforschen, wie es ein darauf gegründetes Urteil erfordern würde, sind Kenntnisse in der Medizin, der Psychologie und der Erbbiologie erforderlich, die unsere Gerichte heute schwerlich besitzen und die man auch in Zukunft vom Richter nicht wird verlangen dürfen⁴⁵⁾. Damit fehlen schon die Voraussetzungen einer umfassenden Würdigung der Gesamtpersönlichkeit. Für den Richter besteht überhaupt nicht die Möglichkeit, die Gesamtpersönlichkeit eines Täters wissenschaftlich zuverlässig und genau zu erfassen, geschweige denn die Legitimation, darauf ein sicheres Urteil zu gründen.

Der Gedanke der Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Täters ist aus diesen Gründen zu verwerfen. "Die Tat tötet den Mann", dieser Satz gilt auch für den Mörder. Die Vertiefung der Tat- zur Tat-Täterschuld im Sinne Richard Langes ist über eine Würdigung der Gesamtpersönlichkeit nicht zu erreichen. Daß die Persönlichkeit des Täters in anderem Zusammenhang dennoch von Bedeutung ist, wird unten zu zeigen sein.

2. Die Frage der besonderen Verwerflichkeit

a) der Tat

Die geltende Fassung des § 211 hebt den Mord von den übrigen Tötungstatbeständen dadurch ab, daß sie ihn auszeichnet als die besonders verwerfliche und gemeine Tat. Das bedeutet nicht, daß ein Merkmal der besonderen Verwerflichkeit der Tat in den Tatbestand als unge-

45) Vgl. zu der Vielzahl der Faktoren, die bei einer Bewertung der Gesamtpersönlichkeit des Menschen berücksichtigt werden müssen, Kretschmer, Medizinische Psychologie, 9.Aufl., Stuttgart 1947, S.160 ff., 163.

schriebenes Merkmal zu subintelligieren ist. Auf die Argumente der bereits zitierten Stimmen aus Lehre und Rechtsprechung kann zur Begründung verwiesen werden. Sie sind hier nicht noch einmal zu wiederholen⁴⁶⁾.

Folgende Erwägung kann zusätzlich angestellt werden: Unser Strafrecht ist aufgebaut auf ein System von Tatbeständen, die bestimmte typische Unrechtssachverhalte beschreiben und sie unter Strafe stellen. Diese Typisierung kann nur der Gesetzgeber vornehmen. Sie ist für den Richter deshalb abschließend und einer Ausdehnung unfähig⁴⁷⁾. Letzterer Grundsatz muß auch für den Mordtatbestand gelten. Die Einwendung, die besondere Verwerflichkeit sei in den Tatbestand vom Gesetzgeber als selbständiges Merkmal ungeschrieben mit hineingelegt worden, ist nicht beweisbar. Die besondere Verwerflichkeit ist eine rechtspolitische Forderung, die im Tatbestand nur soweit eine Verankerung erfahren hat, als sie sich aus ihm selbst ergibt, d.h. soweit sie in den einzelnen Merkmalen zum Ausdruck kommt. Darauf ist ohne Einfluß, ob man die Mordmerkmale als Schuld- oder als Unrechtsmerkmale betrachtet, denn auch die im Gesetz erfolgte Aufzählung von Schuldmerkmalen ist bindend, da sie zum Garantietatbestand gehören, auf den sich der Satz nullum crimen sine lege bezieht⁴⁸⁾. Die besondere Verwerflichkeit der Tat kann daher höchstens im Rahmen der Auslegung der einzelnen Merkmale berücksichtigt werden⁴⁹⁾.

46) Vgl. Anm.13 und 26

47) Dazu Maurach, AT, S.178

48) Engisch, Mezger-Festschrift, S.131

49) Besondere Schwierigkeiten bereitet die Konkurrenz qualifizierender und privilegierender Merkmale, etwa die grausame Tötung des unehelichen Kindes durch die Mutter in oder gleich nach der Geburt. Diese Frage ist von der Rechtsprechung dadurch gelöst worden, daß sie alle Tatbestände innerhalb des 16.Abschnitts mit der Folge für selbständig erklärt^{92c}, daß die Anwendbarkeit des milderen Sondergesetzes das strengere ausschließt. (BGHSt 2/258: im Falle der Tötung auf Verlangen sind die §§ 211 ff. nicht anwendbar; BGHSt 1/235 ff., 236:

Damit ist zugleich ausgesprochen, daß die Mordregelung bindend und abschließend ist. Es ist unzulässig, § 211 deshalb nicht anzuwenden, weil die Tat im ganzen nicht als besonders verwerflich erscheint⁵⁰⁾ oder auf Fälle auszudehnen, wo zwar kein Mordmerkmal gegeben, die Tat aber aus anderen Gründen besonders verwerflich ist.⁵¹⁾

§ 217 enthält eine abschließende Sonderregelung gegenüber §§ 211 ff. Diese Ansicht ist gestützt auf die frühere Rechtsprechung: RGSt 59/8; RG DR 1944/657; OLG Frankfurt, NJW 1950/157; OLG Koblenz SJZ 1950 Sp.292; OGHSt 2/386). In der Literatur wird diese Rechtsauffassung bekämpft. Sie betrachtet die §§ 216, 217 überwiegend als Privilegierungen gegenüber § 212 (Vgl. Kohlrausch-Lange Anm.I zu §§ 216, 217 und Maurach, BT, S.36, beide mit zahlreichen Literaturnachweisen).

Der Streit, der vor allem wegen der Anwendbarkeit der Milderung des § 213 auf § 216 und § 217 geführt wurde, ist heute im wesentlichen dadurch entschärft, daß das 3.StRAGes. die untere Strafgrenze der §§ 212 ff. auf einheitlich 6 Monate festgesetzt hat. Bei Konkurrenz des § 211 mit den §§ 216, 217 scheint die Auffassung der Rechtsprechung am sichersten zu klaren Ergebnissen zu führen, es sei denn, man anerkennt die "Sperrwirkung" eines mildernden Tatbestandes (Maurach), um der Prüfung der Frage ausweichen zu können, ob das mildere oder das strengere Gesetz im konkreten Fall überwiegt. Welzel, JZ 52/74 (Anm.22) will den Richter entscheiden lassen, welcher Tatbestand bei Konkurrenz der Elemente des § 211 mit §§ 216, 217 anzuwenden ist. Das ist bedenklich! Kohlrausch-Lange, Anm.2 zu § 217 (S.430), verneint überhaupt die Möglichkeit einer solchen Konkurrenz.- § 213 gilt nicht für Mord, wie aus der Gesetzesfassung zwingend folgt.

50) was bei richtiger Auslegung der Mordmerkmale kaum vorkommen wird.

51) Für letztere Fälle eine ausdehnende Interpretation des § 211 zu fordern, ist schon wegen der Strafdrohung des § 212 Abs.2 überflüssig.

b) des Täters

Die besondere Verwerflichkeit des Täters ist ein Schuldproblem; deshalb kann der Gegenstand nachfolgender Erörterungen zu der Frage präzisiert werden, welche Elemente berücksichtigt werden müssen, wenn dem Täter eines der Schuldmerkmale des § 211 Abs.2 zugerechnet werden soll. Inwieweit kommt es auf die Persönlichkeit des Täters, auf seine Gesinnung, seinen Charakter, seine Gefährlichkeit an?

Die grundsätzliche Frage, ob strafrechtliche Schuld Einzel- oder Charakterschuld ist, kann ausgeschieden werden. Dieser Problemkreis befaßt sich mit der ethischen Begründung strafrechtlicher Schuld überhaupt und bedeutet letztlich eine Stellungnahme zu der Problematik der Willensfreiheit des Menschen. Ein Eingehen auf diesen Fragenkomplex könnte uns bei der Entscheidung der Frage, was bei Auslegung der Mordmerkmale zu berücksichtigen ist, nicht weiterbringen⁵²). Das Problem der Strafzumessung, für das der

52) Englisch, ZStW 66/360, meint, daß immer der Charakter des Täters es sei, der die Tat zu verantworten habe, daher sei es immer berechtigt, die Strafe nach Maßgabe des Charakters zu bemessen, auch dann, wenn das Strafrecht gemäß dem Tatprinzip nur auf die einzelne Tat reagieren könne. Jede Tat entspreche dem Charakter auf irgendeine Weise, sei also persönlichkeitsadäquat (S.359). Die Schuld sei in erster Linie Charakterschuld und Verantwortung immer Einstehen für den Charakter. Dagegen wendet sich Bockelmann, Gutachten, S.33: Zwischen Einzeltat und Charakter könne keine Beziehung hergestellt werden, die eine auf den Charakter als solchen zielende Strafe zu rechtfertigen vermöchte. Die Tat sei meist nicht Ausdruck eines Charaktermangels, die Fähigkeit, Verbrechen zu begehen, liege vielmehr in jedem Menschen. Der gleiche Charakter führe bei dem einen infolge äußerer Umstände zum Verbrechen, bei dem anderen zum erfolgreichen Geschäftsmann oder Politiker, "der vielleicht nicht gerade eine liebenswerte, aber durchaus keine verbrecherische und wahrscheinlich eine imponierende Erscheinung ist". Zwar könne der Charakter bei der Strafzumessung selbständig berücksichtigt werden, aber nicht jede Schuld sei Charakterschuld.- Mezger, Lehrbuch, S.254,256, hält alle Versuche, das Schuldurteil unmittelbar auf den Charakter und die Persönlichkeit des Täters zu beziehen, mit dem geltenden

Charakter des Täters darüberhinaus von Bedeutung sein könnte, spielt im vorliegenden Zusammenhang ebenfalls keine Rolle, weil § 211 Abs.1 mit seiner absoluten Strafdrohung dafür keinen Raum läßt.

Übereinstimmung herrscht darin, daß die Anwendbarkeit einzelner Mordmerkmale (bei "habgierig", "heimtückisch" und "grausam" könnte dies fraglich sein) nicht voraussetzt, daß der Täter seiner Veranlagung nach ein "habgieriger", "heimtückischer" oder "grausamer" Mensch ist⁵³⁾. Es kann deshalb ein sonst harmloser und weicher Mensch im Einzelfall grausam, ein aufrichtiger und offener heimtückisch usw. töten. Aus diesem Grunde ist die Bezeichnung dieser Mordmerkmale als "Gesinnungsmerkmale" nicht treffend⁵⁴⁾. Unter Gesinnung ist eine asoziale psychische Dauerhaltung des Täters zu verstehen⁵⁵⁾. Man spricht etwa von

Recht für unvereinbar, räumt aber ein, daß das Verbrechen um so schwerer wiege, je mehr es der Persönlichkeitsart des Täters entspreche (S.501). Vgl. hierzu auch Heinitz, ZStW 63/57 ff.(71): "Eine Handlung ist umso schuldhafter, je mehr sich in ihr die Persönlichkeit des Täters ausdrückt", und insbesondere Graf zu Dohna, ZStW 66/505 ff. /aus dem Nachlaß/, wo in sehr instruktiver Weise der Versuch einer Rechtfertigung der strafrechtlichen Schuld als Charakterschuld vorgenommen wird.

53) OGHSt 1/329; BGHSt 2/63; 3/181; 3/186; 3/264; Anm.23, 25

54) Vgl. z.B. Schmidhäuser, aaO., S.223 (Habgier), S.227 (niedrige Beweggründe), S.232 (heimtückisch), S.238 (grausam); Hardwig, ZStW 68/14 ff.(25) unter Gleichsetzung von "Gesinnung" ("im uneigentlichen Sinne") und "Tateinstellung".

55) Der Gesinnungsbegriff ist sehr umstritten. Er ist mehrdeutig. Man versteht darunter zuweilen nicht nur eine bestimmte charakterliche Disposition, sondern auch eine sich in der Tat aktualisierende Willensrichtung, ein bloßes "Gesonnensein" (Gallas, ZStW 60/384; so z.B. Hardwig und Schmidhäuser aaO). Im letzteren Sinne allenfalls könnte er für das Tatstrafrecht brauchbar sein. Gerade dieser Sinn kann dem Gesinnungsbegriff m.E. nur durch eine künstliche Interpretation beigegeben werden. Gemeinhin versteht man unter Gesinnung

einer politischen oder sozialen Gesinnung und meint damit immer eine gewisse innerseelische Dauerhaltung der Person, eine für längere Zeit festgelegte Grundeinstellung. Wollte man also z.B. für die grausame Tötung fordern, daß das Merkmal "grausam" nur dann vorliegt, wenn in der Tat die grausame Gesinnung des Täters zum Ausdruck gekommen ist, dann könnte nur der Täter Mörder sein, der auch sonst ein grausamer, d.h. ein von einer gefühllosen und unbarmherzigen Gesinnung beherrschter Mensch ist. Das würde unserem Tatstrafrecht widersprechen, wir befänden uns wieder im Täterstrafrecht. Von dem hier vorgetragenen Gesinnungsbegriff aus ist es daher abzulehnen, daß bestimmte Mordmerkmale Gesinnungsmerkmale sind, weil mit dieser Bezeichnung der irriige Eindruck entsteht, die Auslegung so bezeichneter Mordmerkmale knüpfe an etwas im Inneren des Täters zuständlich Vorhandenes an, was die Anwendbarkeit des § 211 ungebührlich einschränken würde.

Der von H a r d w i g vorgeschlagene Begriff der T a t e i n s t e l l u n g trifft die Sache besser. Die besonders verwerfliche Tateinstellung, konkretisiert in den einzelnen Merkmalen des § 211 Abs.2, macht den Mörder. Zwischen der besonders verwerflichen Tateinstellung und den Mordmerkmalen besteht eine Wechselwirkung. Einerseits sind diese Merkmale danach auszulegen, ob sich die besonders

"eine Dauerhaltung der Psyche, die nur ganz langsam Wandlungen unterliegen kann und die mehr im Hintergrund das Bewußtsein in unscheinbarer, aber dafür um so bedeutungsvoller Weise aktuell ist" (Binder, SchwZSt 52/313). Die strafrechtlich relevante asoziale Gesinnung des Täters ist eine c h a r a k t e r l i c h bedingte Mangelhaftigkeit im Wesen des Täters (Liszt-Schmidt, Lb.(1927), S.217). "Gesinnung" kann man als das "Dauernde im Wollen" bezeichnen (Mezger, ZStW 60/355). Die Rechtsprechung meint mit Gesinnung wohl meist die konkrete Einstellung zur Tat ohne Rücksicht auf eine charakterlich bedingte, eine "Allgemeingesinnung", z.B. BGHSt 3/264, was dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht entspricht und daher mißverständlich ist.

verwerfliche Einstellung des Täters in ihnen gezeigt hat, andererseits sind die äußerlich die (einzelne.) Mordmerkmale konstituierenden Tatsachen, wie z.B. die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bei der Heimtücke oder die Anwendung gemeingefährlicher Mittel, Indizien für die verwerfliche Einstellung bei der konkreten Tat. Den Ausschlag hat die subjektive Seite der Tat, die Einstellung des Täters, zu geben, wie aus der Schuldnatur der Tateinstellungsmerkmale folgt.

Bei der Auslegung aller Mordmerkmale kommt es auf die besonders verwerfliche Tateinstellung an, nicht nur bei denjenigen, die oben zunächst als Gesinnungsmerkmale bezeichnet wurden; denn ohne Unterschied sollen alle Varianten des § 211 Abs.2 die besondere Schuld des Täters charakterisieren. Deshalb muß z.B. die Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln im verständlichen Affekt nicht Mord sein. Hier kann es an der besonders verwerflichen, der terroristischen Einstellung des Täters fehlen. Die äußere Tatsache der Ausführung der Tat mit einem gemeingefährlichen Mittel ist ein widerlegbares Indiz für die besondere Schuld des Täters. Aus diesem Grunde sind die Mordmerkmale keine objektiven Schuldvermutungen⁵⁶⁾, wie etwa das "in oder gleich nach der Geburt" in § 217. Dort wird die geminderte Schuld der unter dem Geburtsaffekt stehenden Täterin vom Gesetz auf Grund äußerer Tatsachen unwiderleglich vermutet, während hier erst noch geklärt werden muß, ob der Täter wirklich Mörder ist, wenn er auch äußerlich mit gemeingefährlichem Mittel getötet haben mag.

Im Rahmen der Prüfung der besonders verwerflichen Tateinstellung kann neben den bei bestimmten Merkmalen äußerlich auf die besondere Mörderschuld weisenden Tatsachen die Persönlichkeit des Täters Berück-

56) Der Ausdruck "objektives Schuldmerkmal" wird aus den auf S. 40/41 genannten Gründen nicht verwendet.

sichtigung finden. Die Persönlichkeit ist hier nicht wie in einem Täterstrafrecht Realgrund der Strafe, sondern Erkenntnisgrund der Einzeltat. Gegen eine solche Wertung der Persönlichkeit ergeben sich keine Bedenken. Ergibt etwa die Würdigung der Persönlichkeit, daß der Täter ein habituell brutaler und rücksichtsloser Mensch ist, so ist dies Indiz dafür, daß er bei der Tat von einer gefühllosen und unbarmherzigen Einstellung beherrscht war. In dieser Richtung ist Persönlichkeitswürdigung zulässig und geboten. Insofern ist den Täterbegriffen "Mörder" und "Totschläger" eine Bedeutung auch heute noch beizumessen. Sie dienen dazu, die spezifische Schuld, die Motivation, die Absichten des Täters bei Begehung der konkreten Tat anzudeuten. Darüberhinaus bieten sie nichts "über die Tat Hinausweisendes, nichts auf die Person Zielendes. Es handelt sich hier um Scheintäterbegriffe"⁵⁷⁾.

Muß der Täter sich seiner verwerflichen Tateinstellung bewusst sein, damit ein Merkmal des § 211 Abs.2 auf ihn Anwendung finden kann?

Da die Mordmerkmale zur Schuld und nicht zum Unrecht gehören, braucht sich der Vorsatz des Täters auf sie nicht zu beziehen. Er muß auch nicht die äußeren, bei den Merkmalen der 2. Gruppe die besonders verwerfliche Einstellung des Täters indizierenden Tatsachen, umfassen. In diesem Sinne brauchen dem Täter die Qualifikationsmerkmale nicht bewußt zu werden⁵⁸⁾. Aber das Vorliegen der besonders

57) Engisch, ZStW 66/355

58) Anders die Vertreter der Unrechtsnatur: BGHSt 6/329 ff. (331) verlangt, daß die Qualifikation "im Bewußtsein des Täters im Zeitpunkt der tatbestandsmäßigen Ausführung des Verbrechens vorhanden sein muß. Der Täter muß... ihre Bedeutung für die Tat erfaßt haben. Es genügt nicht, daß er sich ihrer bei der Planung bewußt war". Zust. Maurach, BT, S.30: ein Merkmal des subjektiven Unrechtstatbestandes muß in das Bewußtsein des Täters getreten sein.

verwerflichen Tateinstellung in einer der in § 211 Abs.2 näher beschriebenen Formen besagt bereits, daß der Täter sie seelisch erlebt hat⁵⁹⁾. Die Überlegung etwa: "den bringe ich um, dessen Geld muß her", genügt durchaus, dem Täter das Merkmal der Habgier oder des niedrigen Beweggrundes zuzurechnen. Es ist dafür insbesondere weder erforderlich, daß der Täter sich seine innerseelische Gesamtsituation bewertend vergegenwärtigt hat, noch daß er sich ihrer a k t u e l l bewußt war. Das innerseelische Erleben der ganzen Tat- und Handlungssituation genügt. Auch das nennt man Bewußtsein. Dieses Bewußtsein ist Voraussetzung der Zurechenbarkeit einzelner Merkmale⁶⁰⁾. Die Bewertung der in dieser Weise vorhandenen Tateinstellung und die Subsumtion unter § 211 Abs.2 ist Aufgabe des Richters.

Ein A f f e k t wird die Verantwortlichkeit des Täters nach § 211 nur in seltenen Fällen ~~nur~~ dann ausschließen oder mindern können, wenn er eine Bewußtseinsstörung im Sinne von § 51 herbeigeführt hat⁶¹⁾. Das ist bei nicht krankhaftem

59) Vgl. dazu Schmidhäuser, aaO., S.232

60) Es sind verschiedene Stufen des Bewußtseins zu unterscheiden. Das Bewußtsein kann allgemein bezeichnet werden als seelische Gesamtlage des Menschen (Hadamik, GA 57/107). Es ist also schon allein das Vorhandensein innerseelischer Regungen, Motive, eben einer Einstellung, "Bewußtsein". Dieses Bewußtsein muß der Täter haben, da es überhaupt die Voraussetzung ist für das Vorliegen einer bestimmten verwerflichen Tateinstellung. Dagegen braucht das Bewußtsein nicht im Sinne einer "kontemplativen Versenkung in die eigene Gefühlswelt" (Hadamik, MonKrim 1953/18) vorzuliegen, was man besser als "Selbstbewußtsein" bezeichnet. Wollte man letzteres fordern, so wäre eine Verurteilung wegen Mordes wohl überhaupt nie möglich. Der Täter wird sich kaum jemals in jedem Augenblick der Tat Rechenschaft über seine innerseelische Gesamtsituation geben. Dies setzt die strafrechtliche Schuld auch gar nicht voraus, anderenfalls der Schuldcharakter der Fahrlässigkeit zu leugnen wäre. Zum Bewußtseinsbegriff in der Rechtsprechung vgl. einerseits OGHSt 3/82, andererseits BGHSt 6/332.

61) In § 213 genannte Affekthandlungen betreffen expressis verbis nur den "Totschläger".

Affekt nur in ganz seltenen Ausnahmefällen anzunehmen. Grundsätzlich kann der Affekt die verwerfliche Tateinstellung nicht beseitigen. Eine Affekthandlung kann habgierig oder in der Absicht begangen sein, eine andere Straftat zu ermöglichen⁶²⁾. Eine Affektlage, die nicht nur plötzlich entstehen und sich entladen, sondern über einen längeren Zeitraum sich erstrecken kann, bis sie "zur Explosion" kommt, raubt dem Täter in der Regel nicht das Bewußtsein im oben verstandenen Sinne; sie vermindert oder beseitigt meist lediglich die dem Tatentschluß entgegenwirkende Motivation, sie führt zu einer "rascheren Zündung" beim Täter.

Aus letzterem Grunde ist bei einer impulsiven Affekthandlung oft keine im Sinne des § 211 Abs.2 bedeutsame Erlebnislage gegeben. Der Täter hatte gleichsam keine Zeit, eine verwerfliche Tateinstellung in sich aufkommen zu lassen oder gar sich ihrer inne zu werden. Die für den Mörder in den Mordmerkmalen zum Ausdruck gebrachte spezifische Schuld konnte der Täter in diesen Fällen meist nicht in sein Bewußtsein aufnehmen. Nur in diesem Zusammenhang kann auch die Entschuldbarkeit des Affekts von Bedeutung sein, denn die besonders verwerfliche Tateinstellung kann deshalb als ausgeschlossen erscheinen, "weil am Handlungsentschluß sittlich zu bejahende Momente angenommen werden müssen"⁶³⁾.

Diese im einzelnen komplizierten Fragen⁶⁴⁾ konnten hier

62) OGHSt 1/144, 165

63) Schmidhäuser, aaO., S.201

64) Viele der mit dem Affekt zusammenhängenden Probleme sind umstritten. Z.B.: Hadamik, MonKrim 1953/11 ff., GA 57/101 ff., bestreitet im Gegensatz zu Oehler, GA 56/1 ff., überhaupt die Möglichkeit, daß der Affekt eine Bewußtseinsstörung im Sinne des § 51 herbeiführen könne. Die Rechtsprechung bejaht diese Möglichkeit, hat dabei aber den Begriff des "Selbstbewußtseins" im Auge (z.B. OGHSt 3/82; BGHSt 6/329 ff.). OGHSt 3/22,23 führt aus: "Unter Bewußtseinsstörung des § 51 fällt jede auch nicht krankhafte Art. Aus rechtspolitischen Gründen muß der § 51 aber einschränkend ausgelegt werden. Nicht jede auf nicht krankhaftem Affekt beruhende Bewußtseinsstörung, selbst erheblicher Art, darf rechtlich schuldausschließend oder auch nur schuldmindernd wirken

nur angedeutet werden. Der Richter sollte sich auch bei Behandlung von Affekttätern stets vor Augen halten, daß die besondere Schuld den Mörder kennzeichnet. Diese ist noch nicht allein deswegen ausgeschlossen, weil der Täter infolge seiner Affektlage sich gewisse äußerliche Tatsachen bei der Tat nicht vergegenwärtigt hat.

Die G e f ä h r l i c h k e i t des Täters ist n i c h t geeignet, im konkreten Falle die besonders verwerfliche Einstellung in einer der Formen des § 211 Abs.2 zu indizieren. Die Gefährlichkeit, zu ermitteln auf Grund einer auf dem Vorleben und insbesondere früheren Taten aufgebauten Prognose künftigen Verhaltens des Täters, ist kein Schuldmoment⁶⁵⁾. Nur zum Schuldbereich gehöriger Sachverhalt ist aber für die Feststellung der besonders verwerflichen Tateinstellung verwertbar. Dies fordert schon der Grundsatz, daß der Täter nur das verant-

können. Denn die Rechtsgemeinschaft muß und darf von jedem die Beherrschung seiner Leidenschaften und Triebe im Rahmen des ihm Möglichen nach strengen Maßstäben verlangen, weil die strafrechtliche Verantwortlichkeit sonst durch den § 51 in unerträglichem Umfange beseitigt würde. Diese rechtspolitisch notwendige, einschränkende Auslegung der Bewußtseinsstörung im § 51 zwingt dazu, jedenfalls den nicht krankhaften, schweren Zornaffekt als schuld mindernd in der Regel auszuschließen". Diese "rechtspolitisch notwendige" Auslegung der Bewußtseinsstörung in § 51 wäre nicht erforderlich, wenn dieser Begriff von vornherein enger gefaßt würde, wie Hadamik aaO. vorschlagen hat. Auf keinen Fall darf sich nach der Entschuldbar- bzw. Unentschuldbarkeit des Affekts richten, ob eine Bewußtseinsstörung im Sinne des § 51 anzunehmen ist.

- 65) Das war früher sehr bestritten, z.B. Grünhut, Gefährlichkeit als Schuldmoment, Festschrift für Aschaffenburg, Jena 1926, S.87 ff.; Liszt-Schmidt (1927), S.217. Die h.M. trennt heute die Gefährlichkeit von der Schuld, z.B. Engisch, ZStW 66/364: "Dieses Monstrum: 'die Gefährlichkeit als Schuldmoment' sollte nicht am Leben erhalten werden"; Schönke-Schröder, aaO., S.98 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

worten muß, was er verschuldet hat. Die Gefährlichkeit hat mit der Schuld nichts zu tun, sie ist "aus einer anderen Welt als der der Schuld".⁶⁶⁾ Die Gefährlichkeit eines Täters wird festgestellt nach dem Interesse der Allgemeinheit an der Sicherung vor dem gefährlichen Menschen und nicht danach, in welchem Umfang den Täter ein Verschulden daran trifft. Sie enthält somit notwendigerweise ein in die Zukunft weisendes, präventives Element. Wie die Erfahrung lehrt, ist gerade häufig der vermindert zurechnungsfähige Täter besonders gefährlich. Hier stehen sich Schuld und Gefährlichkeit in einem reziproken Verhältnis gegenüber. Auch der Unzurechnungsfähige, gegen den ein Schuldvorwurf nicht erhoben werden kann, ist mitunter in besonders hohem Maße gefährlich, weshalb die Allgemeinheit vor ihm geschützt werden muß.

Da die Gefährlichkeit somit nicht als Schuldmoment betrachtet werden darf, ist sie nicht dazu angetan, die besonders erhöhte Schuld des Täters mitzubegründen. Sie kann bei Auslegung der einzelnen Mordmerkmale keine Rolle spielen.

3. Die Lösung der Fälle

Bei Entscheidung jedes praktischen Falles ist, wie oben dargelegt, von der Tatsache auszugehen, daß sich im Mord die besonders verwerfliche Einstellung des Täters in einer der in § 211 Abs.2 geschilderten Varianten gezeigt haben muß.

Unter diesem Gesichtswinkel ist K in Fall 1 nicht Mörder; denn bei dem Merkmal "heimtückisch" ist die besonders verwerfliche Einstellung nicht schon allein dadurch erwiesen, daß der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers erkannt und ausgenutzt hat. Eine solche Feststellung allein genügt nicht, die spezifische Schuld eines Mörders zu

⁶⁶⁾ Engisch, ZStW 66/363

kennzeichnen, die wie alle Schuld etwas Höchstpersönliches, von Fall zu Fall Verschiedenes ist. Kaum jemals wird zwei Täter die gleiche Schuld treffen, mögen sie nach dem Urteil eines unbeteiligten Dritten äußerlich auch noch so ähnlich gehandelt haben. Das äußere Bild der Tat kann für das Schuldurteil nicht allein maßgebend sein. Dieses muß auf eine differenziertere Betrachtungsweise gegründet werden. Bei der Heimtücke ist die besondere Verschlagenheit und Tücke des Täters zu berücksichtigen, der sein Opfer hinterhältig und überraschend tötet. Die Arg- und Wehrlosigkeit ist nur einer der Anhaltspunkte, aus dem sich die besondere Schuld des Meuchelmörders ergibt. Deshalb ist der in Anm.8 genannte Arzt nicht allein wegen des Ausnützens der Arg- und Wehrlosigkeit des Patienten heimtückischer Mörder.

Dies hat der BGH in seiner Entscheidung zu Fall 2, der beizutreten ist, erkannt. Dort ist der Sache nach zugegeben, daß die Mörderschuld sich nicht durch abschließend sein sollende Definitionen der in § 211 Abs. 2 enthaltenen ausfüllungsbedürftigen Wertbegriffe schematisieren läßt. Die simplifizierende Begriffsbestimmung: heimtückisch = Ausnützen der Arg- und Wehrlosigkeit ist nicht geeignet, die spezifische Schuld des Täters in allen denkbaren Fällen der in diesem Sinne heimtückischen Tötungen zu erfassen. In vorliegender Sache hat der BGH deshalb ausgeführt, daß der Begriff der "Heimtücke" nach dem allgemeinen Sprachgebrauch eine "feindliche Willensrichtung" des Täters gegen das Opfer zum Inhalt habe. Dieses durch Wertung des Täterwillens gefundene Element schöpft aber den Heimtückebegriff längst nicht aus. Müßten sonst nicht Tell und Parricida gleich zu behandeln sein? Gewiß waren beide von einer "feindlichen Willensrichtung", ja von Haß und Erbitterung gegen ihre Opfer erfüllt. Dennoch dürfen sie strafrechtlich nicht auf die gleiche Stufe zu stellen sein. So sehr darf sich strafrechtliche Wertung nicht von den allgemeinen sittlichen Anschauungen entfernen, daß Tell wegen derselben

Tat vom Volke als Befreier und Held verehrt wird, wegen welcher er bei formaler Auslegung eines Mordmerkmals unseeres geltenden Rechts als Mörder zu brandmarken wäre. Hier zeigt sich, daß ein Korrektiv erforderlich ist, das in der in der Tat zum Ausdruck gekommenen verwerflichen Einstellung des Täters gefunden werden kann, die in jedes einzelne Mordmerkmal zu interpretieren ist, soweit dies begrifflich als möglich erscheint.

Die heimtückische Tötung ist in diesem Sinne gekennzeichnet durch die verschlagene und tückische Handlungsweise, die der ganzen Tat das Gepräge geben muß⁶⁷⁾. Die Begriffe der Verschlagenheit und Tücke beinhalten neben "feindlicher Willensrichtung" die feige, hinterhältige Art des Täters. Deshalb liegt heimtückische Tötung nicht allein deshalb vor, weil der Schwächere den Stärkeren heimlich getötet hat, anstatt sich ihm in einem offenen, aber aussichtslosen Kampf zu stellen⁶⁸⁾. Aus den gleichen Gründen ist weder Tell noch der Täter in Fall 1 Mörder. Ihnen fehlt es an der in der heimtückischen Tötung vom Gesetz zum Ausdruck gebrachten besonders verwerflichen Tateinstellung.

Diese ist dagegen in besonderem Maße dem Täter in Fall 3 eigen. Das bedarf nicht einer nochmaligen Darlegung. Der durch das "Liebesspiel" herbeigeführte Affekt hat die Schuld des Täters nicht gemindert, die Zurechnungsfähigkeit nicht beeinflußt. Das für das Schuldurteil erforderliche, oben näher gekennzeichnete Bewußtsein seiner verwerflichen Einstellung hatte der Täter. Er brauchte sich die Wehrlosigkeit des Opfers bei Ausführung der Tat nicht zu vergegenwärtigen. Daß die Affektlage durch den Täter verschuldet war, ist ein zusätzliches Indiz für seine verwerfliche Einstellung, wie oben ausführlicher dargelegt wurde, zumal vor Herbeiführung des Affekts G. sogar ein aktuelles Bewußtsein hinsichtlich seiner Beweggründe und

67) So richtig OGHSt 1/166

68) Kohlrausch-Lange, aaO. § 211 Anm.VIII 5

der Art der Tatausführung gehabt haben dürfte. Er handelte sowohl heimtückisch als auch aus niedrigen Beweggründen. Darauf konnte und mußte er sich bei Ausführung der Tötungshandlungen nicht besinnen. Das Schuldurteil ist auch ohne diese Besinnung begründet.

Mit Ausnahme des Tötens "um eine andere Straftat zu verdecken" bietet eine Auslegung der Mordmerkmale im hier verstandenen Sinne keine Schwierigkeiten. Die Schuldmerkmale der 1. Gruppe des § 211 Abs. 2 haben notwendigerweise die verwerfliche Tateinstellung zum Inhalt. Bei der Grausamkeit kommt es auf die unbarmherzige und gefühllose, beim Handeln "mit gemeingefährlichen Mitteln" auf die rücksichtslose und terroristische Einstellung an. Wer tötet, um eine andere Straftat zu ermöglichen, zeigt damit seine besonders verwerfliche Einstellung. Der bei der Tötung zur Verdeckung einer anderen Straftat problematische Fall der Tötung des erpresserischen Mitwissers wird in der Regel keinen Anlaß geben, die besonders verwerfliche in diesem Mordmerkmal zum Ausdruck gekommene Tateinstellung zu verneinen. Sollte dies im Einzelfall anders sein, muß der Richter sich der kasuistischen Gesetzesfassung beugen. Mit einer Begriffsinterpretation ist in diesem Falle nicht zu helfen.

Viertes Kapitel

Teilnahme an Mord und Totschlag

I. Das systematische Verhältnis des § 211 zu § 212

Die Klärung dieses Verhältnisses ist Voraussetzung für die Entscheidung der Teilnahmefragen. Teilnahme ist immer nur an einer bestimmten Haupttat möglich (sog. Akzessorietät der Teilnahme). "Die akzessorische Natur der Teilnahme gehört zu ihrem Wesen, wensschon es mehrere Stufen der Abhängigkeit gibt"¹⁾, d.h. daß die Teilnahme ein b e s t i m m - t e s Objekt voraussetzt, an dem teilgenommen wird. Das Teilnahmeobjekt kann entweder das Verbrechen sein, also die tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft Handlung (sog. strenge Akzessorietät) oder es ist lediglich die tatbestandsmäßige und rechtswidrige Tat (sog. gelockerte oder limitierte Akzessorietät). Mit letzterem Teilnahmeobjekt gibt sich unser Gesetz zufrieden. Gemäß § 50 Abs.1 haftet jeder Teilnehmer nur nach seiner Schuld. § 50 Abs.2 sieht vor, daß besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse, die die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, nur für denjenigen gelten, bei dem sie vorliegen. Daraus ergibt sich: Betrachtet man Mord und Totschlag als zwei selbständige Tatbestände mit verschiedenem Unrechtsgehalt, dann sind sie "verschiedene Objekte" und § 50 findet keine Anwendung.

Weder ist § 50 Abs.1 anwendbar, der nur für die Schuld gilt, noch Absatz 2, der nur eingreift, wenn besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen. Ist Mord gegenüber Totschlag ein unabhängiger Tatbestand, dann ist er keine Schärfung des Totschlags, sondern enthält gegenüber dem Totschlag zusätzliche s t r a f b e g r ü n d e n d e Unrechtselemente, die nicht

1) Lobe in Leipz.Komm., 5.Aufl. (1933), S.162

unter § 50 Abs.2 fallen²⁾. Aus diesen Gründen ist es für die Entscheidung der Teilnahmefragen von Bedeutung, in welchem systematischen Verhältnis beide Tatbestände zueinander stehen.

B e r n e r hat drei Möglichkeiten des dogmatischen Verhältnisses von Mord und Totschlag aufgezeigt und vortrefflich analysiert: die beziehungslose Selbständigkeit beider Tatbestände, Mord Grundtatbestand - Totschlag Privilegierung, Totschlag Grundtatbestand - Mord Qualifizierung³⁾. Alle drei Alternativen werden heute vertreten.

1. Beziehungslose Selbständigkeit beider Tatbestände

Der Bundesgerichtshof sieht in Mord und Totschlag zwei selbständige Tatbestände mit verschiedenem Unrechtsgehalt⁴⁾. Zur Begründung wird vorgetragen: Wer in der in § 211 beschriebenen Weise einen Menschen töte, werde nach dieser Bestimmung "als Mörder" bestraft, wer vorsätzlich töte, nach § 212 "als Totschläger". Daraus folge (!), daß die beiden

-
- 2) a.M. Claß, NJW 49/84, für den es auf das Verhältnis der Tatbestände zueinander nicht ankommt, da unter "Strafschärfung" jeder Tatbestand mit höherer Strafdrohung falle. Damit dürfte der Unterschied strafschärfendes - strafbegründendes Tatbestandsmerkmal aufgegeben sein.
- 3) Albert Friedrich Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18.Aufl. Leipzig 1898, S.510 ff. Er bezeichnet (für die alte Gesetzesfassung) den Totschlag als den "Genus", Mord als eine "Species" vorsätzlicher Tötung (S.515). Die Begründung ist heute noch lesenswert und auf unsere Gesetzesfassung zutreffend. Sie ist abgestellt auf das Gegensatzpaar positive - negative Gesetzesformulierung.
- 4) BGHSt 1/368,372; 6/329 ff.; ebenso Dalcke aaO., § 211 Anm.3; ähnlich Sax, ZStW 64/393 ff., der einen gemeinsamen Grundtatbestand "subintelligiert".

Tatbestände selbständig seien und verschiedenen Unrechtsgehalt besäßen. Daß die vorsätzliche Tötung ein Merkmal des Mordes sei, spreche nicht gegen die Selbständigkeit beider Bestimmungen, denn auch im Raub sei der Diebstahl enthalten. Das Gesetz kennzeichne eben die in § 211 aufgezählten Begehungsweisen der Tötung nicht als schwerere Fälle des Totschlags, sondern als eine andere Straftat, als Mord. Damit sei die Selbständigkeit unzweideutig zum Ausdruck gebracht. Die Merkmale des § 211 schärften nicht die Strafe gegenüber dem Totschlag, sondern begründeten sie erst. Jeder der beiden Tatbestände könnte auch bestehen, wenn es den anderen nicht gäbe.

Dagegen ist mit W e l z e l ⁵⁾ zunächst einzuwenden, daß aus den Bezeichnungen "Mord" und "Totschlag" nichts geschlossen werden kann. So haben diese beiden Delikte schon geheißen, als ihr systematisches Verhältnis unbestritten war. Vor der Neuregelung der Tötungsdelikte galt der Totschlag nach allgemeiner Meinung als Grundtatbestand⁶⁾. Ein solches Wortargument wäre zu dürftig! Weshalb die Bezeichnungen "Mörder" und "Totschläger" gewählt wurden, ist an anderer Stelle dargelegt.

Der Vergleich mit Raub und Diebstahl ist ohne Beweiskraft. Der Bundesgerichtshof unterstellt bei dieser Argumentation die Richtigkeit seiner These, daß Mord und Totschlag voneinander unabhängige Tatbestände seien⁷⁾. Für die beziehungslose Selbständigkeit - wollte man sie unterstellen - von einfachem und schwerem Diebstahl läßt sich die Argumenta-

5) JZ 52/73

6) Vgl. z.B. RGSt 51/119

7) Neuerdings anerkennt BGH NJW 58/70, daß räuberische Erpressung (§§ 255, 253, 249, 250 Ziff.1) gegenüber schwerem Diebstahl keine "grundsätzlich andere Tat" sei, woraus Schwarz, 21.Aufl.1958, § 211 Anm.4B den Schluß zieht, daß dies dann auch im Verhältnis vom Mord zum Totschlag gelten müsse und BGHSt 1/369 deshalb als überholt anzusehen sei.

tion des Bundesgerichtshofs wörtlich übernehmen: daß der einfache Diebstahl ein Merkmal des schweren ist, spricht nicht gegen die Selbständigkeit beider Bestimmungen, denn auch im Raub ist Diebstahl enthalten. Eine solche Argumentation stellt sich als *petitio principii* dar und ist daher wertlos. In Wirklichkeit sind die beziehungslose Selbständigkeit beider Tatbestände und die strafbegründende Funktion der Mordmerkmale nicht zu beweisen⁸⁾.

2. Mord Grundtatbestand - Totschlag Privilegierung

Daß Mord der Grundtatbestand der Tötungsdelikte sei, hat E b. S c h m i d t eingehend zu begründen versucht⁹⁾. Er folgert dies daraus, daß man sich nur über den Mord an den Totschlag "heranarbeiten" könne, denn "nach allen diesen Richtungen (sc. Prüfung der einzelnen Mordmerkmale) muß sich der Richter negative Gewißheit verschafft haben, bevor er eine vorsätzliche Tötung unter § 212 subsumiert". Daraus ergebe sich zwingend, daß Mord der Grundtatbestand sei, von dem sich alle übrigen Tötungsdelikte "nach unten" abhoben. § 212 zeichne sich durch das Fehlen der Mordmerkmale aus und sei deshalb eine Privilegierung des § 211.

Diese Ausführungen überzeugen nicht. Sie verkennen das Wesen des Grundtatbestandes. Das abgewandelte Delikt hebt sich vom Grundtatbestand nicht dadurch ab, daß ihm gewisse Momente fehlen. Wäre dies der Fall, dann müßte mit derselben Logik § 242 eine Privilegierung des Grundtatbestandes § 243 sein, was bisher noch niemand behauptet hat. Falls dies ungewöhnliche Verhältnis aber nur ausnahmsweise für die Tötungsdelikte gelten sollte, dann müßte es beson-

8) Daß beide Tatbestände bestehen könnten, ohne daß es den anderen gibt, beweist nichts. Es gibt tatbestandliche Abwandlungen, die unbestritten unselbständig sind und für sich allein ebenfalls bestehen könnten, z.B. § 218 Abs. 1 und Abs. 3

9) DRZ 49/241 ff.; früher ebenso Kohlrausch, 38. Aufl., S. 464/5 und Welzel, Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen 2. Aufl. Berlin 1949, S. 138

ders begründet und dürfte nicht mit einer allgemeinen Regel zu rechtfertigen versucht werden. Eine überzeugende Begründung wird sich dafür schwerlich finden lassen¹⁰⁾.

3. Totschlag Grundtatbestand - Mord Qualifizierung

Mord ist qualifizierter Totschlag. Zur Begründung dieses Satzes ist es erforderlich, sich Klarheit über die Begriffe "Grundtatbestand" und "qualifiziertes Delikt" zu verschaffen. Von Qualifizierung eines Grundtatbestandes wird dann gesprochen, wenn einem Grundtatbestand lediglich strafschärfende Merkmale hinzugefügt werden, welche zu einer gegenüber dem Grunddelikt abweichenden Bewertung des Gesamtvorganges führen, ohne daß der Grundtatbestand in seiner Substanz berührt würde¹¹⁾. Oder kürzer: Unter mehreren artgleichen Tatbeständen ist Grundtatbestand der modifikationslose¹²⁾. Auf Grund dieser Bestimmung des Begriffs des Grundtatbestandes kann gesagt werden: Aus § 212 ergibt sich das "schlichte" Verbot: du sollst nicht töten! Dieses Verbot wird in § 211 durch zusätzliche Merkmale modifiziert, ohne daß davon der Grundtatbestand in seiner Substanz berührt würde. Die zusätzlichen Merkmale haben strafschärfenden Charakter. Damit steht fest: Mord ist qualifizierter Totschlag¹³⁾.

10) Jedenfalls zieht auch das Argument nicht, Mord müsse deshalb Grundtatbestand sein, weil er innerhalb des 16. Abschnitts des StGB an erster Stelle steht. Das hat, man könnte sagen, sozialpädagogische Gründe, Gründe des stärkeren sittlichen Pathos, wie Welzel, JZ 52/73 a.E. richtig ausgeführt hat.

11) Vgl. Anm.91 S.39

12) Hardwig, GA 54/258; ebenso Mezger, Leipz.Komm.I, S.43 unter Verwendung des Gegensatzpaares Regelrecht - Ausnahmerecht, was lediglich einen terminologischen Unterschied begründet.

13) Dies ist h.M.: Busch, Rittler-Festschrift, S.287; Claß, NJW 49/84; Dreher, MDR 56/500; Englisch, GA 55/166; Hardwig, GA 55/258; Heinitz, Festschrift aaO., S.93, 114; Jescheck, GA 55/97; Kohlrausch-Lange, Anm.II 2 zu § 211; Lange, JR 49/165; Maurach, BT, S.20; Mezger, StudB.II, S.13;

Dieses Ergebnis wird nicht in Frage gestellt durch die Existenz sogenannter *delicta sui generis*¹⁴⁾. *Delicta sui generis* sind Straftatbestände, auf die das oben über das Verhältnis Grundtatbestand - tatbestandliche Abwandlung Gesagte anwendbar ist, nur wird die tatbestandliche Abwandlung für selbständig erklärt. Ob eine selbständige oder eine unselbständige tatbestandliche Abwandlung anzunehmen ist, ist Sache der Gesetzesauslegung. Die Auslegung wird dabei von Zweckgesichtspunkten beherrscht. Es sollen mit Hilfe des *delictum sui generis* bestimmte Rechtseffekte erzielt werden¹⁵⁾, so daß es sich eigentlich um ein strafrechtstechnisches Hilfsmittel und nicht um einen wissenschaftlich festlegbaren Begriff handelt. Für unsere Untersuchung kann die Frage ausgeschieden werden, ob § 211 *delictum sui generis* ist. Die überwiegende Meinung wendet auch auf sie § 50 an. Es kann daraus also für die hier allein zu behandelnden Teilnahmefragen kein Problem entstehen¹⁶⁾. Im übrigen wäre kein ersichtlicher Grund vorhanden, Mord zum *delictum sui generis* innerhalb der Tötungsdelikte zu erklären, wenn damit nicht eine akzessorische Behandlung der Teilnehmer verbunden werden sollte. Gerade das

Sauer, System, S.247; Schaefer, Leipz.Komm., Vorbem. II 1 vor § 211 bezeichnet die Tatsache, daß dem Mord gegenüber dem Totschlag besondere Merkmale hinzugefügt sind, als "dogmatisch schlechthin zwingenden Beweis" dafür, daß § 212 das Grunddelikt ist; Schönke-Schröder Anm. VII zu § 211; Schröder, JZ 52/526 und NJW 52/649; Schwarz, Anm. 4 zu § 211; Welzel, JZ 52/74 und Strafrecht, S.266.

- 14) wie Hardwig, aaO., meint. Er lehnt *delicta sui generis* im herkömmlichen Sinn für unser Strafrecht überhaupt ab. Dazu kann nicht näher Stellung genommen werden.
- 15) § 370 Ziff. 5 wird gegenüber §§ 242 ff. zum d.s.g. erklärt. Erstrebte Folge: §§ 243, 244 unanwendbar.
- 16) Der BGH wendet z.B. auf die von ihm zu d.s.g. erklärten §§ 216, 217 ohne weiteres § 50 an, vgl. BGHSt 2/258 ff.; 1/235 ff., 240 (Begründung, warum § 216 Sonderdelikt sein müsse); Schönke-Schröder, § 50 Anm. V mit Nachweisen; a.A. Maurach, AT. S.562 mit weiteren Nachweisen für die erste Ansicht.

aber soll vermieden werden und würde auch, wie dargelegt, wenigstens nach h.M. nicht zu erreichen sein. Gegen ein delictum sui generis Mord sprechen alle unter I 1 vorgebrachten Gründe gegen die völlige Selbständigkeit dieses Tatbestandes. Es bleibt bei dem Ergebnis: Mord ist qualifizierter Totschlag.

II. Die Anwendung des § 50 auf die Tatbeteiligten

1. Das Verhältnis des § 50 Abs.1 zu Abs.2

Nachdem das systematische Verhältnis beider Tatbestände geklärt ist, kann die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 50 auf die Teilnehmer bejaht werden. Im einzelnen ergibt sich eine Reihe von Problemen: Ist Abs.1 des § 50 der Grundsatz und Abs.2 seine nähere Ausführung, dann gilt letzterer nur für Schulselemente und persönliche Strafausschließungsgründe. Gleichzeitig stellt er eine Trennungslinie zwischen Unrecht und Schuld auf: aus Abs.2 läßt sich mitbestimmen, was zum Unrecht, was zur Schuld gehört. Jedes Mordmerkmal, das unter den Begriff der "besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse" sich einordnen läßt, gehört damit - prima vista - auch zur Schuld. Umgekehrt wirken nach dieser Ansicht die einzelnen Tatbestände auf die genaue Bestimmung des Inhalts von § 50 zurück, "die genauen Grenzen der Bestimmung (sc. des § 50) können vielmehr nur im Rahmen des Verbrechensbegriffs und der jeweiligen Struktur der einzelnen Tatbestände gezogen werden"¹⁷⁾. Übertragen auf die Mordmerkmale heißt das etwa: läßt sich ein Merkmal des § 211 Abs.2 begrifflich unter § 50 Abs.2 einordnen, dann ist das ein Indiz für seine Schuldnatur, ob es wirklich zur Schuld gehört, muß aus der "Struktur des Tatbestandes" endgültig bestimmt werden. Vertreter dieser etwas komplizierten Gedankengänge sind insbesondere Lange und v.Weber¹⁸⁾.

17) Kohlrausch-Lange, § 50 Anm.I (S.171)

18) Kohlrausch-Lange, aaO.; Lange, JR 49/165; v.Weber, MDR 52/265; OGHSt 1/328

Demgegenüber sollen nach anderer Ansicht beide Absätze des § 50 voneinander unabhängig sein. Danach enthält Abs.1 die gesetzliche Regelung der limitierten Akzessorietät und bezieht sich auf § 48 Abs.1 und § 49 Abs.1; dagegen regelt Abs.2 eine Tatbestandsfrage: "Welcher Tatbestand - der Grundtatbestand oder der qualifizierte bzw. privilegierte Tatbestand - ist auf die Beteiligten anzuwenden, wenn die Qualifizierung oder die Privilegierung rein persönlicher Natur ist"?¹⁹⁾. Absatz 2 schränkt nach dieser Ansicht die limitierte Akzessorietät noch weiter ein und bezieht sich auf § 48 Abs.2 und § 49 Abs.2; aus § 50 Abs.2 kann nichts dafür geschlossen werden, was zum Unrecht, was zur Schuld gehört, er gilt nur für 'personales' Unrecht, Schuldfragen regelt Abs.1 allein.

Richtig dürfte sein: § 50 Abs.1 besagt neben dem allgemeinen Grundsatz, daß die strafbare Handlung eines Beteiligten von der Schuld des anderen unabhängig ist, daß Schuldstufen und -variationen beim einen Beteiligten für die anderen unbeachtlich sind. Daher sind Schuldmerkmale gemäß § 50 Abs.1 jedem Tatbeteiligten persönlich zuzurechnen. § 50 Abs.2 enthält demgegenüber eine weitere Einschränkung der Akzessorietät. Sind spezielle Umstände, die das Unrecht der Tat schärfen, mildern oder ausschließen, auf einen Tatbeteiligten persönlich zugeschnitten, dann sollen sie auch nur für diesen gelten²⁰⁾.

Betrachtet man Abs.2 nur als nähere Ausführung von Abs.1, dann ist ersterer überflüssig; denn alles, was dieser enthält, kann auch schon mit jenem erreicht werden. Daß Schuldmerkmale jedem Tatbeteiligten persönlich zuzurechnen sind, folgt aus dem Wortlaut des Abs.1. Ist aber, wie richtigerweise mit *L a n g e* angenommen werden muß, aus Abs.2

19) Welzel, Strafrecht, S.104, JZ 52/74; Maurach, AT, S.560 ff.; Mezger, Leipz.Komm. I, S.292

20) Zustimmend Schönke-Schröder, § 50 Anm.I (S.258)

nicht zu schließen, wo im einzelnen die Trennungslinie zwischen Unrecht und Schuld verläuft, dann hat er - folgt man dieser Ansicht - keine praktische Funktion mehr. Für die getrennte Betrachtung beider Absätze spricht außerdem, daß Abs.2 schon lange vor Abs.1 gegolten hat und deshalb gar nicht eine nähere Ausführung von diesem sein kann²¹⁾. Irreführend könnte sein, daß diese beiden die Akzessorietät auf zwei verschiedenen Ebenen regelnden Bestimmungen in einem Paragraphen zusammengefaßt worden sind. Das ist aber nicht mehr als ein Redaktionsfehler des Gesetzes, dem keine sachliche Bedeutung beizumessen ist.

2. Die Behandlung der Anstifter und Gehilfen

a) bei Anwendung von § 50 Abs.1

Der Mörder unterscheidet sich vom Totschläger durch seine erhöhte Schuld. Da jeder Teilnehmer nur nach seiner Schuld bestraft werden kann, muß die jeweilige deliktstypische Schuld bei dem zu Bestrafenden selbst gegeben sein (§ 50 Abs.1). Stiftet A den B zur Tötung des C an und tötet B den C auf grausame Weise, ohne daß A dies wußte noch wollte, dann ist B wegen Mordes und A wegen Anstiftung zum Totschlag zu bestrafen. Der Anstifter nimmt nicht an der erhöhten Schuld des Täters teil. Die Schuldmerkmale des § 211 Abs.2 werden jedem Tatbeteiligten persönlich zugerechnet.

Dagegen ist eingewendet worden, daß dieses Ergebnis, zumindest was die 2.Gruppe der Mordmerkmale anbetreffe, nicht gerecht sei²²⁾. Die grausame, heimtückische oder die mit

21) Welzel, Strafrecht, S.104; über die Motive vgl. RG 25/271 f.

22) z.B. Welzel, JZ 52/75. BGH NJW 52/111 meint, daß die persönliche Zurechnung der Mordmerkmale zu "sonderbaren Ergebnissen" führe, es müsse beispielsweise wegen Anstiftung zu Mord verurteilt werden, obgleich niemand einen solchen begangen habe. BGH NJW 58/69 bestraft den Teilnehmer wegen Beihilfe zum Betrug, wiewohl die Täter eine Erpressung begangen hatten!

gemeingefährlichen Mitteln ausgeführte Tötung sei für alle Beteiligten eine sachlich schwerere Tat. Stifte A den B zu einer Tötung in dem Bewußtsein an, daß B die Tat auf grausame Weise ausführen werde, dann verdiene der Anstifter keine andere Behandlung als der Täter. Seine Tat und die darin zum Ausdruck gekommene Gesinnung seien ebenso verwerflich wie die des Täters. Die Teilnehmer an einer solchen besonders verwerflichen Tat verdienen die schwerste Strafe.

Das kann, es muß aber nicht so sein. Grausames Handeln erfordert beim Täter u.a. eine gefühllose, unbarmherzige Gesinnung bei Ausführung der Tat. Soll dem Teilnehmer diese ihm bekannte Gesinnung des Täters zugerechnet werden, obgleich er selbst nicht von einer solchen Gesinnung beherrscht, sondern aus Furcht vor dem brutalen Mörder zu seiner Hilfeleistung veranlaßt worden ist? Trifft ihn wirklich schon allein des bloßen Mitwissens wegen die Schuld des Täters? Das wäre eine Anerkennung des Satzes, daß jeder Teilnehmer nach dem ihm bekannten Grad der Schuld des Täters belastet sei²³⁾, der mit § 50 Abs.1 unvereinbar ist, da er gerade dessen Prinzip zunichte machte²⁴⁾.

Das Wissen allein genügt daher nicht. Dies führt nicht zu ungerechten Ergebnissen. Zwar macht die Kenntnis des Teilnehmers um die gefühllose und unbarmherzige Gesinnung des Täters ihn selbst nicht ohne weiteres zum grausam Handelnden²⁵⁾, in aller Regel wird aber bei Teilnehmer und Täter

23) Lehre von Kohlrausch in der 38.Aufl. seines Kommentars.

24) Kohlrausch-Lange, 41.Aufl.,Anm.XI zu § 211; anders ausdrücklich aber ohne zureichende Begründung BGHSt 1/328, wo die Schuld des Teilnehmers gleichsam vermutet wird. Gerade das widerspricht aber der limitierten Akzessorietät, dem "schönen Schuldgedanken" des § 50.

25) Beispiel für das Mordmerkmal der Habgier (von Hardwig, GA 54/72): Ein Millionär ist unheilbar krank und wünscht seinen Tod. Er bittet seine ihn liebende Frau, einen Arzt zu veranlassen, ihm eine Todesspritze zu geben. Der Arzt erklärt sich auf Veranlassung der Frau hierzu nur bereit, wenn er dafür 500 000 DM erhält. Es sei angenommen, daß

derselbe Tatbestand anzuwenden sein. Weiß der Anstifter, daß der Täter, ein rücksichtsloser und brutaler Mensch, das Opfer zu Tode quälen wird, und er veranlaßt dennoch die Tat, dann kommt eben darin seine gefühllose und unbarmherzige Gesinnung zum Ausdruck, die ihn zum Mordteilnehmer macht. Dem steht die Zufügung besonderer Schmerzen, die nach der Rechtsprechung zum Wesen der Grausamkeit gehört, nicht entgegen, denn das wesentliche Moment dieses Schuldmerkmals liegt seiner Natur nach nicht in der Schmerzbereitung, sondern in der besonders verwerflichen Gesinnung des Täters. Deshalb begeht auch derjenige einen Mord, der das Opfer mit dem ersten Schlage tödlich trifft und an dem vermeintlich noch lebenden Leichnam grausam wütet, oder derjenige, der das bewußtlose, schmerz-unempfindliche Opfer brutal zu Tode verstümmelt²⁶⁾. Die Schuld eines solchen Täters ist nicht geringer als desjenigen, der ansonsten unter den gleichen Umständen handelt und sich in seiner Annahme, das Opfer sei noch schmerzempfindlich, nicht täuscht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müßte in obigem Falle versuchter Mord angenommen werden, da der Täter zwar die subjektive Seite des § 211 erfüllt hat, die objektive - Schmerzzubereitung - aber nicht erfüllen konnte und § 212 ausgeschlossen ist. Obgleich also der Täter bei vollem Bewußtsein getötet hat, könnte er nur wegen Versuchs bestraft werden. Ein sicherlich unbefriedigendes Ergebnis²⁷⁾. Es ist eben die Schuld, die bestimmt, welcher Tatbestand auf den Teilnehmer anzuwenden ist. Das ist das Prinzip des § 50 Abs.1. Besonders am Beispiel der Tötungsdelikte läßt sich

er aus Habgier gehandelt habe und (was zweifelhaft sein kann) nach § 211 zu beurteilen wäre. In diesem Fall die Frau wegen Anstiftung zum Mord zu verurteilen, weil sie die Habgier des Arztes gekannt habe, wäre doch wohl grotesk.

26) So richtig OGHSt 1/95,99

27) zu dem der BGH auch nicht kommt. Es ist in diesen Fällen aus nicht erläuterten Gründen § 212 anwendbar (vgl. GA 55/167 oben).

zeigen, wie sehr dieses Prinzip unserem Gerechtigkeitsempfinden entspricht²⁸⁾.

b) bei Anwendung von § 50 Abs.2

Für die Vertreter der Unrechtsnatur der Mordmerkmale scheidet § 50 Abs.1 naturgemäß aus. Sie haben sich mit dem Problem zu befassen, ob die Merkmale des § 211 Abs.2 "besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse" im Sinne von § 50 Abs.2 sind. Die Frage ist umstritten.

Die unglückliche Fassung des § 50 Abs.2 bereitet Auslegungsschwierigkeiten. Was sind "besondere persönliche Eigenschaften und Verhältnisse"? Es sind jedenfalls nicht solche Umstände, die den äußeren Tatbestand als Unrechtstyp berühren²⁹⁾. In Betracht kommen nur sog. täterschaftliche Elemente³⁰⁾. Der äußere Unrechtstatbestand der Tötung wird nach der hier wiedergegebenen Auffassung von der Unrechtsnatur der Mordmerkmale allenfalls in den Fällen der 2. Gruppe beeinflusst. Deshalb behandelt sie die überwiegende Meinung akzessorisch, während die Merkmale der Gruppen 1 und 3 jedem Tatbeteiligten persönlich zugerechnet werden.

Im einzelnen sind die Begründungen zu dieser Verfahrensweise unterschiedlich. Die einen begnügen sich mit der Feststellung, daß die Merkmale der 2. Gruppe eben überwiegend

28) Unser obiger Fall 3 läßt sich dafür ebenfalls als Beispiel anführen: Unterstellt, die Ehefrau J wäre nicht Mittäterin, sondern Anstifterin des G gewesen, dann könnte sie, wollte man die Teilnehmer akzessorisch behandeln, nicht wegen Anstiftung zu Mord bestraft werden, obgleich ihre Handlungsweise nicht verwerflicher denkbar ist. Sie würde der Umstand, daß sie den G vor der Tat durch ein "Liebesspiel" seine niedrigen Beweggründe und die die Heimtücke konstituierenden Tatsachen vergessen machte, vor der Kennzeichnung als Mordteilnehmerin retten. Das hieße, das Gerechtigkeitsprinzip des § 50 auf den Kopf stellen! Daraus ist auch ersichtlich, daß mit allgemeinen Erwägungen wie: die 2. Gruppe erfordert die akzessorische Behandlung der Teilnehmer, weil diese Merkmale für alle Beteiligten die Tat zu einer s a c h l i c h schwereren machen, die Teilnahmeprobleme der Tötungsdelikte nicht zu lösen sind.

tatmäßiger Natur seien und daher die Gerechtigkeit einer akzessorischen Behandlung der Teilnehmer unmittelbar einleuchte³¹⁾, andere begründen näher, warum sie diese Merkmale im Gegensatz zu denen der Gruppen 1 und 3 nicht als "besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse" auffassen. Zwar mache, so wird ausgeführt, eine solche Auslegung dem Wortsinn des § 50 Abs.2 einige Schwierigkeiten, die Wissenschaft sei aber mehr und mehr dazu übergegangen, § 50 Abs.2 alle vorwiegend persönlichkeitsgebundenen Absichten (Gruppe 3) und Motive (Gruppe 1) zu unterwerfen. Auf die Dauernatur der "besonderen persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse" dürfe dabei im Gegensatz zur früheren Auffassung nicht abgestellt werden. § 50 Abs.2 dürfe nicht nur grammatisch ausgelegt werden³²⁾.

Dieser Auslegung des § 50 Abs.2 ist zuzustimmen. In der Tat ist die "Dauer" kein geeigneter Maßstab, danach zu bestimmen, ob täterschaftliche Elemente den Tatbeteiligten persönlich zugerechnet oder nach Akzessorietätsgrundsätzen behandelt werden sollen. Mag die "Dauer" vielleicht im Wortsinn des § 50 Abs.2 gelegen sein, entscheidend für die Auslegung ist der dem Gesetz zugrundeliegende Rechtsgedanke. Dieser in Verbindung mit der besonders unglücklichen Wortfassung des § 50 Abs.2 zwingt zu einer solchen Auslegung³³⁾.

29) Kohlrausch-Lange, § 50 Anm.III

30) Welzel, Strafrecht, S.102

31) Welzel, JZ 52/75 und Strafrecht, S.237; Jagusch, SJZ 49/325 ff.

32) so insbes.Maurach, BT.,S.33; Claß, NJW 49/84. Für die frühere Ansicht, die Dauernatur dieser Eigenschaften und Verhältnisse forderte: Frank (18.Aufl.),S.135; Liszt-Schmidt (25.Aufl.),S.334; Leipz.Komm. (4.Aufl.), S.274; M.E.Mayer, Lehrbuch (1915),S.410 Anm.11. Im Gegensatz hierzu die heutige Ansicht: Kohlrausch-Lange, § 50 Anm.III; Maurach, AT.,S.561; Mezger, Leipz.Komm. § 50 Anm.11; Schönke-Schröder, § 50 Anm.IV 1; Welzel, Strafrecht, S.103; BGHSt 6/262.

33) Der Begriff "Verhältnis" ist einer grammatischen Interpretation überhaupt nicht zugänglich (RGSt 25/269). Im übrigen sind "Eigenschaften und Verhältnisse" in § 50 Abs.2 Rechtsbegriffe, bei deren Interpretation grammatische Auslegung nicht (allein) maßgeblich sein kann. Claß,NJW 49/85, rechnet auch die Tatausführungsmerkmale jedem Beteiligten nach § 50 Abs.2 persönlich zu,weil die Fassung des § 50 Abs.2 "ein bloßes Ungeschick" sei.

c) nach abweichenden Auffassungen

Der BGH kommt in Durchführung seiner Theorie von der selbständigen Natur beider Tatbestände nicht zur Anwendung von § 50 auf die Tatbeteiligten, folglich müßte er sie ausnahmslos akzessorisch behandeln. In der Praxis kommt er mit seiner Theorie in Konflikt: "Verneint der Tatrichter nur die Erschwerungen, so bleibt es bei der vorsätzlichen rechtswidrigen Tötung"³⁴⁾. Auf die Teilnehmer übertragen würde das heißen, daß sie nach §§ 48 bzw. 49/212 zu bestrafen sind, wenn auf den Täter o h n e i h r W i s s e n ein Merkmal des § 211 Abs.2 anwendbar ist. In strenger Durchführung seiner theoretischen Konzeption müßte der BGH in diesen Fällen mit § 49a operieren. Der Anstifter wäre danach wegen erfolgloser Anstiftung zum Totschlag zu bestrafen (§§ 49a/212), der Gehilfe ginge straffrei aus³⁵⁾. Die Unhaltbarkeit der Auffassung des BGH läßt sich noch deutlicher zeigen: A leistet aus niedrigem Beweggrunde dem B Beihilfe zur Tötung. B tötet zwar nicht aus niedrigem Beweggrunde, aber grausam. Die grausame Handlungsweise des B kennt A nicht. A muß freigesprochen werden: Der allein beim Gehilfen vorliegende niedrige Beweggrund schadet ihm nicht, die Beihilfe ist akzessorisch³⁶⁾. Tatumstände, die der Gehilfe nicht kennt, sind ihm nicht zuzurechnen³⁷⁾, er kann daher nicht als Mordteilnehmer bestraft werden. Beihilfe zum Totschlag kann nicht vorliegen, weil es dazu an der erforderlichen Haupttat fehlt. Erfolglose Beihilfe ist nicht strafbar. Das Ergebnis ist grotesk. Soweit ersichtlich, ist ein solcher Fall bisher nicht entschieden worden. Sollte der BGH zur Entscheidung eines solchen (theoretisch anmutenden, aber möglichen) Falles jemals gezwungen sein, müßte er seinen bisherigen Standpunkt einer Revision unterziehen oder eine offensichtlich unbillige und formale

34) Zit. bei Engisch, GA 55/167 oben

35) § 49 a gilt seit dem 3. StrÄGes. vom 4.8.1953
nur mehr für die erfolglose Anstiftung.

36) BGHSt 1/368

37) BGHSt 2/252

Entscheidung treffen³⁸⁾. H a r d w i g³⁹⁾ möchte die Teilnahme ebenfalls durchweg akzessorisch behandelt wissen, weil "spezifische Schuldbeschreibungen echte Tatbestandsmerkmale sind, die sich nicht frei vertauschen lassen". Das Prinzip der Akzessorietät verbiete es, etwa die Beihilfe zum Totschlag deshalb als Beihilfe zum Mord zu bestrafen, weil der Gehilfe aus einem niedrigen Motiv gehandelt hat. Beihilfe aus Habgier sei nicht Mord aus Habgier.

38) Dem BGH würde im Anschluß an RGSt 67/343 ein dogmatischer Umweg offen bleiben. BGH NJW 58/70 führt aus: "Der Gehilfe muß zwar einen bestimmten Tatbestand, der durch einen anderen verwicklicht werden soll und sich dann als Verbrechen oder Vergehen darstellt, in seinen wesentlichen Merkmalen im Auge haben. Es kommt aber nicht darauf an, ob die Haupttat ihrer rechtlichen Beurteilung nach dieselbe ist, die sich der Hilfeleistende vorstellt; sie muß sich nur im wesentlichen mit der decken, die er fördern will. Wer z.B. einem anderen eine Waffe überläßt, damit er sie bei einem Diebstahl bei sich führe, wird, wenn der Täter mit ihrer Hilfe eine räuberische Erpressung (§§ 255, 253, 249, 250 Ziff. 1 StGB) begeht, wegen Beihilfe zum schweren Diebstahl (§§ 243 Abs. 1 Ziff. 5, 49 StGB) bestraft; denn die tatsächlich verübte schwere Tat ist keine grundsätzlich andere als die leichtere, die sich der Gehilfe vorstellte, und hat mit ihr den Angriff auf fremde Vermögen gemein". Das Verhältnis zwischen Betrug und Erpressung liege jedenfalls dann ebenso, wenn bei letzterer die Drohung auf einer Täuschung beruhe.

Diese Ausführungen auf die Tötungsdelikte übertragen, würde heißen: Mord ist keine "grundsätzlich andere Tat" als Totschlag, wenngleich sie zwei "selbständige Tatbestände mit verschiedenem Unrechtsgehalt" sind. Gemeinsam ist ihnen der Angriff auf fremdes Leben. In obigem Beispiel wäre A danach wegen Beihilfe zu Totschlag (!) zu bestrafen, obgleich er selber aus niedrigen Beweggründen und B grausam gehandelt hat.

39) GA 54/260.

Für diese Darlegungen, die auf einer vom Herkömmlichen wesentlich verschiedenen systematischen Grundlage beruhen⁴⁰⁾, gilt das oben S.102 Ausgeführte entsprechend.

Eb. S c h m i d t wendet auf die Teilnahme bei den Merkmalen der 1. und 3. Gruppe wie die herrschende Meinung § 50 Abs.2 an. Begeht der Täter einen Totschlag, liegt aber beim Teilnehmer ein Merkmal der 2. Gruppe des § 211 Abs.2 vor, so soll letzterer - abweichend von der h.M. - nach § 49 a behandelt werden⁴¹⁾. Diesem letzteren Vorschlag zur Regelung der Teilnahmefragen liegt die irrtümliche These zugrunde, daß Grundtatbestand der Tötungsdelikte der Mord sei, worüber oben S. 92 f. das Nötige gesagt worden ist.

Für S c h r ö d e r gibt es kein Problem der Teilnahme an Mord und Totschlag. Von seinem Standpunkt aus, daß die Mordmerkmale nichts weiter als Strafzumessungsregeln seien, ist die Strafe für jeden Tatbeteiligten so zu bemessen, wie er sie "verdient"⁴²⁾. Der Strafraum reicht von 6 Monaten Gefängnis (§ 213) bis zu lebenslangem Zuchthaus (§§ 211, 212 Abs.2), wobei der Richter weder beim Täter noch beim Teilnehmer gezwungen sein soll, einen Strafzumessungsgrund des § 211 Abs.2 zur Anwendung zu bringen, wenn ihm nicht Tat und Täter verwerflich genug erscheinen. Diese Ausführungen beruhen auf der bereits abgelehnten Strafzumessungsnatur der Mordmerkmale⁴³⁾.

3. Mittäterschaft

Keinen Schwierigkeiten begegnet die Zulässigkeit der Annahme, daß Mörder und Totschläger als Mittäter handeln können, wenn man mit der herrschenden Meinung davon ausgeht, daß Mittäterschaft die Verwirklichung zumindest desselben Grundtatbestandes

40) Dazu vgl. Hardwig, Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts, Hamburg 1957 und "§ 50 StGB und die Bereinigung des Strafgesetzbuchs" in GA 54/65 ff.

41) Eb.Schmidt, DRZ 49/272 ff.

42) Schröder, NJW 52/649; Schönke-Schröder, § 211 Anm.VII, 3b

43) Vgl.S. 12 ff. d.Arbeit

durch mehrere Täter erfordert⁴⁴⁾. Es gilt das für Anstifter und Gehilfen Ausgeführte: Für jeden Mittäter sind gemäß § 50 Abs.1 die besonderen Umstände des Mordes gesondert zu prüfen, jedem sind sie nur persönlich zurechenbar.

Wer für die Teilnahme an Mord und Totschlag § 50 Abs.2 maßgebend sein lassen will, kommt entweder ebenfalls durchweg zu persönlicher Zurechnung der Mordmerkmale⁴⁵⁾ oder behandelt die Tatausführungsmerkmale akzessorisch, läßt also deren Kenntnis durch den Mittäter genügen. Es ergeben sich keine Unterschiede gegenüber Anstiftern und Gehilfen.

Der BGH muß von seinem Standpunkt aus die Möglichkeit der Mittäterschaft verneinen⁴⁶⁾, es sei denn, er käme analog der Entscheidung zur Abhängigkeit der Beihilfe von der Haupttat⁴⁷⁾ zu dem Ergebnis, daß "Verwirklichung wenigstens eines gemeinsamen Grundtatbestandes" sehr weit zu fassen und in § 211 bzw. § 212 der Kern einer solchen Gemeinsamkeit in für die Mittäterschaft ausreichender Weise vorhanden sei. Mit einer solchen Entscheidung hätte der BGH seinen theoretischen Standpunkt von der selbständigen Natur beider Tatbestände auf der ganzen Linie verlassen und sich praktisch der überwiegenden Meinung angeschlossen.

44) Über die hier nicht näher zu erörternde Streitfrage, inwieweit der Entschluß der Mittäter genau denselben Straftatbestand betreffen muß, vgl. die mit zahlreichen Hinweisen versehenen Ausführungen Mezgers, Leipz. Komm. Anm.3 zu § 47

45) Claß, NJW 49/83 ff.

46) BGHSt 6/330 hat gegen die Annahme von Mittäterschaft Bedenken, will die Frage jedoch nicht abschließend entscheiden.

47) Oben Anm. 38

III. Die Tötungsdelikte im Lichte der Strafrechtsreform

Die Große Strafrechtskommission des Bundesjustizministeriums hat auf ihrer Märztagung 1958 in erster Lesung folgende Gesetzesfassung vorgeschlagen:⁴⁸⁾

§ a

Vorsätzliche Tötung

- (1) Wer einen anderen tötet, wird mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.
- (2) Hat sich der Täter in einer begreiflichen heftigen Gemütsregung zu der Tat hinreißen lassen, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen Gefängnis von einem Jahr bis zu fünf Jahren.
- (3) Hat der Täter die Tat aus Beweggründen begangen, die seine Schuld wesentlich mindern, so ist die Strafe Gefängnis nicht unter einem Jahr.

§ b

Mord

- (1) Mit lebenslangem Zuchthaus wird bestraft, wer
 1. aus Mordlust, Habgier oder Rassenhaß,
 2. zur Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstriebs,
 3. in der Absicht, eine andere Straftat zu ermöglichen,
 4. in der Absicht, seine oder eines anderen Flucht aus einer Haftanstalt zu ermöglichen,
 5. grausam,
 6. mit einem gemeingefährlichen Mittel, das viele in die Gefahr des Todes bringt, oder
 7. als Mitglied oder im Auftrag einer Gruppe, der die Begehung von Verbrechen wider das Leben als Mittel für ihre Zwecke dient,einen anderen tötet.
- (2) Ebenso wird bestraft, wer einen anderen mit Überlegung tötet und dadurch seine besonders verwerfliche Gesinnung offenbart.

48) Mitgeteilt von Schwalm, MDR 58/396 ff.

Leider liegt eine amtliche Begründung zu diesem Entwurf noch nicht vor. Offenbar hat man sich im Interesse der klaren Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag und aus rechtsstaatlichen Gründen wiederum für eine kasuistische Fassung des Mordtatbestandes entschieden. Mit Recht ist aus den bereits dargelegten Gründen davon Abstand genommen worden, die besondere Verwerflichkeit der Tat als materiellen Maßstab in den Tatbestand aufzunehmen. Das würde, wie S c h w a l m aaO. richtig ausführt, die Einheitlichkeit unserer sittlichen Anschauungen in einem Maße voraussetzen, wie sie im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht gegeben und in absehbarer Zeit wohl nicht zu erreichen ist. Es ist richtig, daß die gesetzliche Bestimmtheit der Straftatbestände um so vollkommener sein muß, je höher die Strafdrohungen sind.

Erfreulicherweise ist das bisher einer gerechten Anwendung am schwersten zugängliche Merkmal der heimtückischen Tötung in den Tatbestand nicht wieder aufgenommen worden. Da in aller Regel die heimtückische Tötung mit Überlegung ausgeführt wird, wird Abs.2 des Mordtatbestandes eine zuverlässigere Handhabe für die gerechte Erfassung solcher Fälle bieten. Außer der Überlegung wird die besonders verwerfliche Gesinnung des Täters gefordert. Eine solche Gesetzesfassung bedeutet die wenigstens teilweise Anerkennung des hier vertretenen Standpunktes, daß die besonders erhöhte Schuld den Mörder vom Totschläger scheidet. Die m.E. für die geltende Fassung richtige Auslegung des Merkmals der Heimtücke, die auf die besonders verwerfliche Tateinstellung, auf die feindliche Willensrichtung des Täters gegen das Opfer abzielte, kommt in dem Reformvorschlag mit der gebotenen Klarheit zum Ausdruck.

Die übrigen im wesentlichen unverändert übernommenen Merkmale⁴⁹⁾ werden die Rechtsprechung vor die gleichen Probleme

49) Tötung zur Verdeckung einer anderen Straftat war als Qualifikationsmerkmal ungeeignet, wie der in BGHSt 9/180 ff. = MDR 56/498 ff. mit Anmerkung von Dreher entschiedene

stellen wie bisher. Hält man sich vorwiegend an den äußeren Verwirklichungstatbestand der einzelnen Gruppen, wie es die Rechtsprechung bis dato getan hat, werden unbefriedigende Entscheidungen erneut unvermeidlich sein. Nach dem vorliegenden Gesetzesvorschlag würde etwa Fall 3 vom BGH nicht befriedigender gelöst werden sein als dies mit dem geltenden § 211 geschehen ist. Die Gefahr unbilliger Entscheidungen wird dadurch erhöht, daß das dem Richter am ehesten einen gewissen Spielraum bietende Merkmal der Tötung aus niedrigen Beweggründen wegen seiner Unbestimmtheit weggelassen worden ist. Es gilt daher auch für diesen Reformvorschlag zu betonen: die schwerere Schuld ist es, die den Mörder macht. Es ist zu fordern, daß dies im Gesetz noch deutlicher als bisher zum Ausdruck kommt. Deshalb sollte der im allgemeinen zu billigenden vorgeschlagenen Fassung des Mordtatbestandes ein Absatz angefügt werden, der die gerechte Entscheidung praktischer Fälle immer ermöglicht und garantiert. Ü b e r dem rechtsstaatlichen Gebot der gesetzlichen Bestimmtheit von Straftatbeständen waltet das höchste Prinzip unserer rechtlichen Ordnung: die Gerechtigkeit!

Als Absatz 3 wird vorgeschlagen:

- (3) Absatz 1 findet nur und immer dann Anwendung, wenn sich bei der Tat die besonders verwerfliche Einstellung des Täters gezeigt hat.

Fall zeigt. Strafbare Mittäterschaft eines Mordversuchs (zur Verdeckung einer anderen Straftat) an der eigenen Person, BGH NJW 58/837, dürfte nach dem Reformvorschlag wenigstens in dieser Form nicht mehr möglich sein. Freilich ist diese m.E. verfehlt Entscheidung von allgemeiner Bedeutung.

L e b e n s l a u f

Am 16. Juni 1933 wurde ich als Sohn des Revierförsters Rudolf U l l r i c h und dessen Ehefrau Wilhelmine, geb. Kempf, in Ehmet, Kr. Eger, geboren. Ab September 1939 besuchte ich die ein-klassige Volksschule in Krondorf-Ehmet. Vom Herbst 1943 bis Weihnachten 1944 war ich Schüler der Bürgerschule in Schönbach, Kr. Eger.

Im Juli 1946 aus der Heimat vertrieben und zunächst in Mühlhausen, Kr. Kelheim, Ndb., angesiedelt, bestand ich im September des gleichen Jahres die Aufnahmeprüfung für die 2. Klasse der Oberrealschule in Ingolstadt. Im Juli 1953 unterzog ich mich dort mit Erfolg der Reifeprüfung.

Ab Wintersemester 1953/54 studierte ich ohne Unterbrechung sieben Semester lang Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität in München. Am 31. Juli 1957 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung in München.

Seit 9. September 1957 stehe ich im Bereich des Oberlandesgerichtsbezirks München bzw. des Regierungsbezirks Oberbayern im Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar.

Otto U l l r i c h

